



**HAL**  
open science

# La notion de choix de la loi entre droit et management : Application aux contrats et contentieux extractifs

Marine Fouquet

## ► To cite this version:

Marine Fouquet. La notion de choix de la loi entre droit et management : Application aux contrats et contentieux extractifs. Droit. Université de Rennes, 2020. Français. NNT : 2020REN1G009 . tel-03230300

**HAL Id: tel-03230300**

**<https://theses.hal.science/tel-03230300>**

Submitted on 19 May 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE RENNES 1  
COMUE UNIVERSITE BRETAGNE LOIRE

ECOLE DOCTORALE N° 599  
*Droit et Science politique*  
Spécialité : *Droit privé*

Par

**Marine FOUQUET**

## **La notion de choix de la loi entre droit et management**

Application aux contrats et contentieux extractifs

**Thèse présentée et soutenue à Paris, le 8 Décembre 2020**  
**Unité de recherche : UMR CNRS 6262**

### **Rapporteurs avant soutenance : Composition du Jury :**

Guillaume Schier	Professeur ESSCA School of Management	Thomas Brisson-Nishimura	Professeur des Universités Université Paris 8 Président
Baptiste Rappin	Maître de conférences HDR IAE Metz School of Management	Guillaume Schier	Professeur ESSCA School of Management
		Baptiste Rappin	Maître de conférences HDR IAE Metz School of Management
		Gilles Lhuillier Directeur de thèse	Professeur des Universités ENS Rennes
		Olivier Meier Co-directeur de thèse	Professeur des Universités Université Paris-Est
		Maïté Guillemain	Maître de conférences Université Paris-Est

# Sommaire

Introduction

Partie 1 : L'identification des pratiques de choix de la loi par les parties

CHAPITRE 1 - LES CHOIX DE LA LOI DANS LA PROCÉDURE . . . . .	38
SECTION 1 - LA PRATIQUE CONTENTIEUSE. . . . .	38
SECTION 2 - LA TECHNIQUE JURIDIQUE . . . . .	51
CHAPITRE 2 - LES CHOIX DE LA LOI DANS L'EXEQUATUR . . . . .	87
SECTION 1 - LA PRATIQUE CONTENTIEUSE. . . . .	87
SECTION 2 - LA TECHNIQUE JURIDIQUE . . . . .	94

Partie 2 : La réaction des ordres juridiques aux choix de la loi

CHAPITRE 1 - LA RÉACTION DU DROIT INTERNATIONAL . . . . .	113
SECTION 1 - LA PRATIQUE NORMATIVE. . . . .	113
SECTION 2 - LA TECHNIQUE JURIDIQUE . . . . .	126
CHAPITRE 2 - LA RÉACTION DES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX . . . . .	138
SECTION 1 - LA PRATIQUE NORMATIVE. . . . .	138
SECTION 2 - LA TECHNIQUE JURIDIQUE . . . . .	159

# Partie Introductive

*Le droit des affaires est le témoin et l'acteur  
des mutations profondes de notre économie,*  
Jean Paillusseau.

Les contrats internationaux sont des contrats qui mettent en cause des intérêts du commerce international<sup>1</sup>. Ce sont, tout d'abord, des "accords entre deux ou plusieurs personnes auxquels le droit donne force juridique en sanctionnant les engagements qu'il inclut"<sup>2</sup>. L'internationalité d'un contrat peut être définie à travers deux critères. Le premier critère est un critère "juridique", à partir duquel il est possible de qualifier une situation d'internationale à partir du moment où ses divers éléments constitutifs ne le rattachent pas tous au même ordre juridique<sup>3</sup>. Ce critère cherche ainsi à déterminer si une opération donnée met en cause plusieurs ordres juridiques étatiques<sup>4</sup>. Un second critère "économique" a été dégagé par la Cour de cassation<sup>5</sup>. En application de ce critère, est internationale l'activité qui engendre un flux à travers les frontières, que ce flux concerne des produits, des services, du personnel ou des instruments financiers<sup>6</sup>. Plus tard, la Cour précisera qu'est international "un contrat qui met en jeu les intérêts du commerce international"<sup>7</sup>.

Le droit des contrats internationaux est un champ d'application – au sens de la définition des limites territoriales à l'intérieur desquelles la règle est applicable ainsi qu'au regard du droit substantiel et de l'ensemble des matières ou personnes auxquelles s'applique la règle<sup>8</sup> - du droit international dans lequel une relation spécifique existe entre États, acteurs de l'ordre international public, et investisseurs, acteurs de l'ordre international privé dont les contours et les évolutions ont été déterminés par les mutations de l'ordre économique international.

En droit international privé, les règles de conflit de loi et le principe d'autonomie permettent depuis le Moyen Âge de répondre à la question du choix de la loi. Toutefois, aujourd'hui, au sein de cet espace normatif, marqué par des pratiques et des usages juridiques diversifiés un renversement de paradigme semble émerger. En effet, le droit inter-

---

1. Cornu G., *Vocabulaire juridique*, 8e éd. PUF, 2017, p. 508.

2. Jacquet J.-M., Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, 3e éd., Dalloz, 2015, p. 207.

3. Voir, sur la notion d'ordre juridique, Scelle G., "La notion d'ordre juridique", *RDpub.* 1944.85; Pellet A., "La *lex mercatoria* "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste public", in *Mélanges Ph. Kahn*, Litec, 2001, p. 53; Libchaber R., "L'impossible rationalité de l'ordre juridique", in *Etudes B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 505.

4. Ce critère a notamment été utilisé dans l'arrêt Hecht, Paris, 19 juin 1970, *RCDIP* 1971.692, note Level P., *JDI* 1971.833, note Oppetit B., *JCP* 1971.II.16927, note Goldman B. C'est ce critère qui est utilisé par le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles en son article 1.1 qui dispose que : "Le présent règlement s'applique, dans les situations comportant un conflit de lois ...", Règlement (CE) 593/2008 du PE et du Conseil, 17 juin 2008, *JOUE* L 177/6 du 4 juil. 2008.

5. Civ. 1, 17 mai 1927, *JDI* 1928.419, D.P. 1928.1.25, concl. Matter et obs. Capitant, *S.* 1927.1.289, note Esmein P.

6. Kessedjian C., *Droit du commerce international*, PUF, 2013.

7. Civ. 19 fév. 1930, *Mardelé*, *S.* 1931.1.1, note Niboyet, *DH* 1930.228.

8. *Ibid.*, p. 65.

national n'est plus seulement constitué des règles de droit nationales et des organisations internationales, le droit est également choisi par les praticiens du droit international qui participe à la construction de cet espace normatif.

L'objectif de cette recherche est, ainsi, d'étudier les différentes techniques juridiques de choix de loi et de procédure dans les contrats internationaux - mise en place par les droits nationaux et le droit international - afin de montrer que les praticiens du droit sont pleinement acteurs dans le développement des règles applicables.

## **A. Objet : les transformations du droit international par la pratique des acteurs**

Le droit évolue afin de s'adapter aux nécessités de son environnement. Le droit international est ainsi aujourd'hui en pleine mutation. Le développement croissant des échanges internationaux a depuis longtemps fait évoluer les règles de droit international afin de répondre aux nécessités du commerce international. Pour M. Delmas-Marty l'internationalisation est ainsi un phénomène bien réel qui "marque une ouverture des systèmes de droit et atténue les frontières entre le dedans et le dehors". Cette dynamique est ainsi bien présente en droit commercial international<sup>9</sup>.

Toutefois, aujourd'hui, les échanges internationaux soulèvent de nouvelles problématiques au cœur des contrats entre des parties aux statuts et aux objectifs différents - États investisseurs, sociétés privées, acteurs de la société civile, etc - qui évoluent dans un contexte global, dans lequel différents ordres juridiques, le droit international et le droit national<sup>10</sup> sont mêlés.

M. Delmas-Marty décrit parfaitement ce phénomène de l'internationalisation du droit qui remet ainsi en cause les principes traditionnels de territorialité et de souveraineté. Le droit international n'est plus seulement interétatique, de nombreux acteurs non étatiques se sont multipliés tels que les organisations non gouvernementales, acteurs de la société civile, ou les sociétés transnationales. Il est ainsi nécessaire de comparer des méthodes très diverses, "horizontalement dans des échanges croisés dont peut résulter une fertilisation mutuelle, verticalement par l'élaboration de normes supra ou transnationales. Le droit se transforme alors par hybridation ou transplantation. Dans le meilleur des cas on parvient à une

---

9. Delmas-Marty M., Introduction des notes des rencontres du réseau "ID" franco-américain, *France - Etats-Unis : Regards croisés sur l'internationalisation du droit*, Collège de France, 10 et 11 avril 2006, New-York City, 2007.

10. L'expression "règles a-nationales" a été formulée par Ph. Fouchard, dans sa thèse *L'arbitrage du commerce international*, Dalloz, 1965.

harmonisation qui laisse des marges nationales d'appréciation ; la norme est contextualisée, l'un et le multiple sont conciliés dans un pluralisme ordonné" <sup>11</sup>.

L'existence de règles de droits d'ordres juridiques différents, de réglementations internationales, de règles a-nationales, de la *lex mercatoria* et de l'arbitrage international nécessite ainsi de repenser les catégories traditionnelles des sciences juridiques. De nouveaux espaces normatifs se sont créés en réponse à ces nouvelles problématiques des contrats internationaux, accordant une place importante à la pratique des acteurs du commerce international.

L'évolution de ces pratiques peut être illustrée par l'étude approfondie des contrats internationaux extractifs.

## 1. Les contrats internationaux extractifs

La définition du caractère international d'un contrat fait naturellement appel à plusieurs critères. En effet, les règles spécifiques au commerce international, issues de différentes sources internes et internationales, sont multiples. Un seul et même critère ne convient, de toute évidence, donc pas à toutes ces règles qui ne répondent pas nécessairement à des préoccupations du même ordre <sup>12</sup>.

Ainsi, l'application du paragraphe 3 de l'article 3 du Règlement (CE) N° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) illustre qu'une situation est internationale dès lors que ses éléments constitutifs (domicile, nationalité des parties, lieux de conclusion et d'exécution du contrat ...) ne la rattachent pas tous au même ordre juridique. Il s'agit là d'un critère " juridique ".

Un critère « économique » permet également de définir les contours du droit des contrats internationaux. Ce critère est consacré aujourd'hui dans le domaine de l'arbitrage <sup>13</sup> par l'article 1504 C.P.C. qui dispose que l'internationalité tient à la « mise en cause des intérêts du commerce international » <sup>14</sup>. Toutefois, ces deux critères ne permettent pas toujours de définir la notion d'internationalité. La mise en œuvre de ces critères peut, en effet, entraîner l'application du droit international à des situations pour lesquelles il

---

11. Delmas-Marty M., "L'internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose ?, Intervention lors de la conférence ALLE, Paris, 2012.

12. Mayer P., « Réflexions sur la notion de contrat international », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Schulthess, 2008, p. 873.

13. Ce critère « économique » trouve son origine dans la jurisprudence des années trente, Cass. civ., 19 février 1930 et 27 janvier 1931.

14. Voir par ex. Paris, 29 mars 2001, *Rev. arb.* 2001. 543, note D. Bureau.

serait plus opportun d'appliquer le droit interne<sup>15</sup>. Ainsi, lorsqu'un vendeur importe des produits pour satisfaire la demande de ses clients le critère économique induit au caractère international de l'opération en question, alors que l'application des règles nationales qui régissent les situations internes à leur pays serait plus adaptée.

Ainsi, une approche plus pragmatique<sup>16</sup> et praxéologique<sup>17</sup> apparaît préférable en identifiant directement les situations auxquelles les règles de droit international auront vocation à s'appliquer.

Le droit international présente des particularités dans certains domaines notamment le droit extractif<sup>18</sup> du fait de la pratique des contrats extractifs. Les contrats extractifs sont des contrats d'Etat, défini comme étant une convention conclue entre un Etat et une personne privée étrangère<sup>19</sup>.

Plus précisément, on entend ici par contrat extractif, un contrat par lequel un État accorde à une société<sup>20</sup> le droit exclusif de l'exploration et/ou de l'exploitation et de la commercialisation des ressources minières, pétrolières ou gazières sur un terrain déterminé, en échange d'un prix prenant la forme notamment de royalties, de taxes et éventuellement d'un partage de la production ou de profits ou autres obligations de compensation économique ou sociale<sup>21</sup>.

---

15. Audit M., Bollé S., Callé P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2e éd., Précis Domat, 2016, p. 36.

16. Étymologiquement, la pragmatique vient du grec "pragma", "praxis" qui signifie "action". Du point de vue de la communication, elle est l'étude des signes dans leurs rapports avec leurs utilisateurs. Selon le dictionnaire Larousse, la pragmatique définit une approche linguistique qui se propose d'intégrer à l'étude du langage le rôle des utilisateurs de celui-ci, ainsi que les situations dans lesquelles il est utilisé. La sociologie pragmatique cherche ainsi à "construire une approche qui tient compte de la capacité des acteurs à s'ajuster à différentes situations de la vie sociale". Nachi M., Colin A., *Introduction à la sociologie pragmatique. Vers un nouveau style sociologique ?*, 2006, 224 p.

17. La praxéologie analyse l'action humaine à partir des faits. Le sociologue Pierre Bourdieu a employé ce mot au sens d'une "théorie de la pratique". Bourdieu P., *Esquisse d'une théorie de la pratique, précédé de Trois études d'ethnologie kabyle*, Paris, Droz, 1972, 272 p., [consulté le 11 mai 2020]. Disponible à l'adresse URL : <https://www.cairn.info/esquisse-d-une-theorie-de-la-pratique-9782600041553.htm>.

La praxéologie est ainsi une science de l'action. Le courant de la sociologie des organisations, avec des auteurs tels que Michel Crozier, Erhard Friedberg, Catherine Grémion ou Christine Musselin, considère l'action humaine comme un acteur stratégique dont le comportement se construit par rapport à ses perceptions et à la structuration d'un système avec ses règles (explicites et implicites) que l'acteur intègre dans ses choix et ses décisions. Voir notamment Friedberg E., *Le pouvoir de la règle*, Paris, Seuil, 1993. L'approche praxéologique privilégie les pratiques des acteurs et leurs catégories. Dupret B., "Droit et sciences sociales. Pour une respecification praxéologique", *Droit et Société*, 75, 2010, pp. 315-335.

18. Discipline du droit de l'énergie - pétrole, gaz, extraction minière -qui répond au besoin de développement des entreprises transnationales du fait de la complexification des régulations nationales.

19. Jacquet J.-M., *Contrat d'Etat*, Jurisclasseur Droit international, Fasc., 565-60, 1998, p. 2. Voir aussi, Berlin D., "Contrats d'Etat", *Rep. Dalloz Dr. Int.*, 1998.

20. Aux termes de l'article 1832 du Code civil, une société se définit comme un acte juridique par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens (sommes d'argent, voitures, immeubles) ou leur industrie (compétences...) en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

21. Ces contrats peuvent donc être des contrats de concession, ou de service ou plus souvent de partage de production c'est-à-dire de *joint-venture* ou co-entreprise entre l'État-hôte et les sociétés transnatio-

La rédaction de ces contrats est singulière. Elle est en effet fortement influencée par le projet industriel et économique qui l'inspire et les négociations successives entre les États et les sociétés minières et pétrolières. Lors de la rédaction de ces contrats, les négociations entre les parties portent en grande partie sur la détermination de la réglementation qui sera applicable au contrat. En effet, l'Etat contractant est également souverain. Il pourrait ainsi être tenté d'utiliser son pouvoir normatif pour modifier ou résilier le contrat qu'il a conclu avec la société privée. Or, cette faculté de l'Etat contractant ne serait pas gage de sécurité juridique nécessaire à la réalisation du contrat. L'impérieuse nécessité de neutraliser le pouvoir normatif de l'Etat<sup>22</sup> impose de ce fait l'application d'un régime particulier à ces contrats internationaux. L'internationalité de ces contrats implique, en effet, qu'ils échappent en tout ou partie à l'ordre juridique interne de l'Etat contractant. Il est ainsi difficile de définir l'ordre juridique de référence du contrat d'Etat. Selon certains, il ne serait soumis à aucun ordre juridique. Il s'agirait d'un contrat sans loi<sup>23</sup>. D'autres auteurs estiment, pour leur part, que le contrat ferait partie du droit transnational auquel il faut appliquer la *lex mercatoria*<sup>24</sup>. Enfin, pour d'autres encore, l'ordre juridique de référence serait le droit international<sup>25</sup>.

La solution réside en réalité dans le droit choisi par les parties au contrat. Le principe d'autonomie est en effet admis en matière de contrats d'Etat<sup>26</sup>. Etymologiquement, la notion d'autonomie provient du grec *autos* et *nomos* ce qui signifie définir soi-même la règle, se donner à soi-même sa propre loi. L'autonomie est un droit que les Romains avaient laissé à certaines villes grecques de se gouverner par leurs propres lois. Selon le dictionnaire Larousse, l'autonomie fait référence au « caractère de quelque chose qui fonctionne ou évolue indépendamment d'autre chose »<sup>27</sup>. Le vocabulaire juridique précise, pour sa part, qu'il s'agit du « pouvoir de se déterminer soi-même ; [la] faculté de se donner

---

nales. Ces contrats sont créés par la pratique en empruntant à diverses traditions de PPP, soit du secteur de la construction, tel les B.O.T. (*Built Operate Transfer*) soit au secteur pétrolier (*Production Sharing Agreement*), Lhuilier G., « Le contentieux extractif : essai de définition », in Lhuilier G., Ngwanza A. (dir.), *Le contentieux extractif*, Paris, CCI, 2015, pp. 9-28.

Au sens plus large, qui est celui des praticiens du droit, nous évoquerons comme contrats extractifs le groupe de contrats nécessaires à la réalisation de l'exploitation extractive, des incorporations de sociétés extractives (contrats de sociétés), contrat d'Etat, contrat de *joint-venture* entre l'Etat et les sociétés extractives, contrats de consortium entre les sociétés extractives, contrat de création d'une *joint-venture company*, sous contrat de réalisation de travaux extractifs par les sous-traitants.

22. Mayer P., "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat", *JDI*, 1986.5.

23. *Ibid.*

24. Kamto M., "La notion de contrat d'Etat : une contribution au débat", *Rev. arb.* 2003.719.

25. Weil P., "Droit international et contrats d'Etat", in *Mélanges Reuter*, Pedone, 1981, p. 549 ; Leben C., "L'évolution de la notion de contrat d'Etat", *Rev. arb.* 2003.629.

26. Voir, en ce sens, la résolution de l'Institut de droit international de 1979 relative à la loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée (*Rev. crit. DIP* 1980.427).

27. <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/autonomie/6779> (consulté le 26 avril 2020)

sa propre loi »<sup>28</sup>.

En application de ce principe, il est ainsi possible de choisir différents systèmes pour régir le contrat afin d'empêcher que ce dernier ne soit soumis à la seule loi de l'Etat contractant. L'exemple du contrat conclu entre la société nationale iranienne NIOC et Elf Aquitaine stipulait que le tribunal arbitral "aura le pouvoir de fonder sa sentence sur des considérations d'équité et sur les principes de droit généralement reconnus, en particulier le droit international". Ces contrats prévoient ainsi, le plus souvent, une combinaison entre la loi de l'Etat contractant et le droit international. Dans l'affaire *Texaco/Calasiatic* contre le gouvernement libyen<sup>29</sup> le contrat prévoyait, à titre d'exemple, que "La présente concession sera régie par et devra être interprétée conformément aux principes de la loi libyenne en ce que les principes peuvent avoir de commun avec les principes de droit international ; en l'absence de points communs entre les principes de la loi libyenne et ceux du droit international, elle sera régie et interprétée conformément aux principes généraux du droit, en ce compris ceux de ces principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales".

L'étude du contentieux des contrats extractifs permet d'étudier les dernières pratiques du droit international. Doctrine et pratiques des professionnels du droit et du commerce international ont en effet contribué à la structuration de ce champ du droit qui fait appel au droit international public et au droit international privé. Le contentieux fait ici référence à l'ensemble des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux<sup>30</sup> mais également aux litiges soumis à l'arbitrage. Il peut s'agir ainsi de litiges juridictionnels, étatiques ou arbitraux.

L'objet de ce projet de recherche est d'étudier ce qui oriente et influence les choix dans les contrats internationaux, à travers l'étude des contrats extractifs, contrats où, par excellence, se pose cette problématique. Les différentes techniques de choix de la loi – que nous développeront - permettent, en effet, aux acteurs du commerce international de choisir la loi applicable à leurs contrats, voire à leurs contentieux. A titre d'exemple, le choix de la loi peut être réalisé par « incorporation » - un critère d'origine anglo-saxonne - selon lequel la loi applicable de la société est la loi du lieu de sa constitution, c'est-à-dire du lieu où les formalités d'incorporation ont été accomplies. Ce critère permet aux associés

---

28. Cornu G., *op.cit.*, note 1, p. 94.

29. Voir Lalive J.-F., "Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et des sociétés privées étrangères (Arbitrage *Texaco/Calasiatic c/ Gouvernement libyen*), *JDI* 1977.319.

30. Cornu G., *op. cit.*, note 1, p. 226.

de choisir la loi applicable à la société en choisissant le lieu d'incorporation. Ainsi, par exemple, incorporée en Angleterre, elle sera soumise au droit anglais. Et ce, quel que soit le pays où la société exerce son activité. C'est ainsi que les statuts vont donc désigner le pays choisi comme le lieu du siège statutaire de la société.

La notion de "loi" fait référence à un choix de loi matérielle (tel que la loi qui régira le contrat) ou de loi procédurale par une clause permettant de choisir le for compétent ou encore le régime d'arbitrage auquel sera soumis le contentieux induit par le contrat international. D'autres techniques de choix sont, également, utilisées par les parties au contrat, les arbitres, la société civile afin de désigner la "loi" applicable au contrat et au contentieux.

Or, le choix de la loi applicable au contrat permet, dans une certaine mesure, de choisir l'ordre juridique auquel sera soumis le contrat.

L'étude des contrats extractifs internationaux se justifie par le fait que ces contrats sont révélateurs de ces stratégies juridiques par lesquelles les acteurs se « localisent » dans un espace juridique<sup>31</sup>. Ces contrats extractifs Sud-Sud sont exemplaires d'une évolution des contextes des transactions extractives caractérisées par un double décentrement. Décentrement géopolitique d'abord. Jamais n'était, en effet, apparu aussi clairement le bouleversement actuel de l'ordre géopolitique établi dans les relations économiques internationales. Décentrement économique ensuite car les espaces économiques globaux de la *World-system theory*, faits d'un « cœur » et de « périphéries », sont en cours de transformation. Ce sont, en effet, les structures de financement de l'économie mondiale qui ont été basculées avec ces contrats, la république démocratique du Congo (R.D.C.) échappant à la fois au F.M.I., au club de paris, aux États occidentaux mais surtout au secteur financier occidental. La carte du monde, décrite il y a plus de quarante ans, est, ainsi, en cours de mutation. La répartition classique entre d'un côté des États européens, les États-Unis et du Canada, voire le Japon, et de l'autre côté, la périphérie autour des pays en voie de développement, tels que la Chine et l'Afrique du Sud, voire de la République Démocratique du Congo, semble donc avoir vécu. Ce découpage du monde naissait de la « *multicultural territorial division of labor in which the production and exchange of basic goods and raw materials is necessary for the everyday life of its inhabitants* »<sup>32</sup>. Mais cette division du travail - ou plus exactement de la production - est aujourd'hui remise en question. De nouveaux « micro-systèmes » naissent. Ils correspondent à des espaces juridiques, des

---

31. Lhuilier G., *Droit transnational*, Dalloz, 2016, 522 p.

32. Wallerstein I., *The modern World System I : Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, New York : Academic Press, 1974, pp. 229-233.

espaces « normatifs » tels ces grands contrats mondiaux, qui sont en voie de devenir le niveau d'analyse. Ces espaces « normatifs » peuvent renouveler la carte économique et juridique du monde. La stratégie internationale des sociétés de *resource-seeking* répond ainsi, par exemple, aux impératifs de développements des Pays du Sud, à l'instar de la Chine qui incite notamment les sociétés extractives à rechercher des matières premières nécessaires à la croissance économique du pays.

L'objet complexe que constitue les contrats internationaux, et en particulier les contrats extractifs, peut être mieux compris à travers l'étude d'un exemple concret permettant d'illustrer l'objet. La caractérisation d'un objet et d'un champ de recherche dans le droit international des contrats constitue le cœur de ce projet de recherche : il s'agira en particulier de préciser la nature et les critères des techniques de choix dans le contentieux international mais également de circonscrire le champ matériel pertinent dans un ordre international en évolution.

## **2. Le contentieux extractif**

Pour illustrer l'objet et le champ de cette thèse, nous pouvons prendre l'exemple du contrat dit « du siècle », signé le 28 avril 2008 entre la R.D.C. et un consortium d'investisseurs privés chinois qui a pour objet l'exploitation d'une des plus importantes mines au monde. Ce contrat est un bon exemple du basculement juridique du monde, c'est-à-dire l'essor de nouveaux « espaces normatifs » construits par les acteurs privées (les sociétés transnationales) et les gouvernements de pays « subalternes » suivant une nouvelle « constitution du monde » théorisée par G. Teubner. Ce contrat du siècle permet de « matérialiser » et de lire les principales clauses de cette nouvelle « constitution du monde ». Les grands contrats miniers exploités par des consortium de sociétés transnationales tel le contrat « du siècle » permettent de limiter le nombre de mines « illégales » contrôlées par des guérillas qui forcent les populations locales à extraire les minerais dans des conditions assimilable à de l'esclavage. Par ce contrat, le gouvernement de R.D.C. a créé avec des sociétés chinoises une *joint-venture* qui va exploiter commercialement cette mine, les bénéfices finançant directement des infrastructures publiques pour les populations de R.D.C. (routes, chemin de fer, hôpitaux, etc.), réalisées par les sociétés chinoises.

Ces « Partenariats Public Privés » (les P.P.P.) sont ainsi des contrats entre États et sociétés transnationales maillant contrats d'investissement, coopération et exploitation

commerciale, suivant, non plus, les pratiques d'aide au développement mais le principe commercial « gagnant-gagnant ».

Le droit international est ainsi en pleine transformation : techniquement, ces grands contrats sont des nœuds de contrats comprenant un contrat d'État (entre un État ou une institution mandatée et un groupe de sociétés privées étrangères), un contrat de compensation (qui organise les investissements), des accords-cadres (entre partenaires privés qui mettent en œuvre le contrat d'État et qui prévoient les accords à venir), des *joint-venture agreements* (entre sociétés privées des deux pays qui réalisent le contrat), des *joint-venture company* (qui créent des groupes de sociétés), et de nombreux contrats de droit privé d'application (contrat d'entreprise, vente, etc.). Or, dans chacun de ces contrats, la loi applicable en vertu du principe d'autonomie résulte de la négociation entre les parties et chaque contrat peut désigner une loi nationale - voire différentes lois - comme loi applicable au contrat. Chaque contrat comprend ainsi une clause de choix de la loi, dont le champ d'application peut être « déterritorialisé ».

Le choix du juge - Étatique ou privé - relève, également, de la liberté des parties. Dans le contrat du siècle, les chinois, conformément aux traditions et à la conception chinoise inscrite dans la loi de 1989, ont souhaité que des « négociations » s'ouvrent avant tout autre règlement du litige. Mais si le désaccord persiste, le contrat prévoit le recours à un arbitrage privé administré par le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) créée en 1965 afin de promouvoir les investissements internationaux en offrant un forum neutre – qui n'est pas national - pour le règlement des différends. La société se voit désormais reconnaître un droit de recours direct contre l'État étranger par le biais d'une action autonome, sans que son État de nationalité n'ait à agir en son nom par le mécanisme traditionnel de la protection diplomatique. Trois arbitres (personnes privées, professeurs de droit, avocats, etc.) vont alors rendre une sentence arbitrale dont la force sera supérieure à une décision de justice étatique, car sans recours possible des États. Tous les États contractants au traité de Washington instituant le CIRDI, qu'ils soient parties ou non au litige, doivent en effet reconnaître et appliquer les sentences arbitrales CIRDI<sup>33</sup>. Les litiges du contentieux arbitral international extractif sont de nature différente, contractuelle ou délictuelle, civile ou pénale, nationale ou internationale. De plus, tous les modes de résolution des litiges et tous les fors du monde peuvent être compétents en matière extractive.

L'unité du contentieux extractif peut ainsi se retrouver dans les pratiques des acteurs qui

---

33. Art. 54(1) Convention CIRDI, 1966.

peuvent choisir le droit applicable à la procédure (*forum shopping*) mais aussi au fond du litige (*law shopping*) et créent ainsi un espace de normes, un « espace normatif »<sup>34</sup>. Ce droit transnational extractif réalise ainsi un basculement du droit, qui n'est plus réduit aux règles de droit créées par les États et les institutions internationales - voire les arbitres internationaux - mais est défini comme le droit choisi par les praticiens de ces contrats extractifs – les *lawyers*, les sociétés transnationales, les États contractants, les tiers aux contrats victimes de dommages, les Organisations Non Gouvernementales, etc.

Pratiquer le droit extractif, c'est donc partager les « pratiques professionnelles » des lawyers de cette société extractive. Et les praticiens élaborent désormais eux-mêmes leurs propre description de pratiques professionnelles, leur best practices. Ces praticiens estiment en effet que ces best practices sont des « référentiels de compétences », des outils pédagogiques qui servent à orienter leur pratique professionnelle.

De ce fait, ces « espaces normatifs » transnationaux se superposent aux espaces juridiques étatiques ou inter-étatiques. L'ensemble des catégories traditionnelles des sciences juridiques doit, en conséquence, être repensé dans ce contexte de mondialisation pour penser ces nouveaux espaces normatifs au carrefour du politique et de l'économique (la territorialité de la loi, les règles de conflit de loi et de juridiction, la localisation, l'ordre public, la représentation, etc.). Et c'est entre la Chine et l'Afrique, à travers les contrats extractifs, que ces nouveaux espaces normatifs sont les plus exemplaires de cette mondialisation en marche.

## **B. Champs scientifique : le droit transnational, droit de la pratique des acteurs du commerce international**

L'émergence d'un droit international des contrats élargi emporte de nouvelles réalités en matière de création normative : la création du droit procède en effet largement du fait des activités et des engagements des investisseurs et des firmes transnationales, ainsi que de processus de rétroaction entre la doctrine et les arbitres. Sous réserve de l'ordre public<sup>35</sup>, les parties sont en effet libres de déterminer les clauses de leur contrat, au gré de leur volonté. Toutefois, une certaine standardisation des contrats internationaux s'opère en pratique. Des clauses sont usuellement stipulées, un véritable "savoir-faire" est

---

34. Lhuilier G., « Minerais de guerre. Une nouvelle théorie de la mondialisation du droit », *Droit et Société*, 2016, pp.117-135.

35. C. civ. Art. 1102.

ainsi à l'origine d'une harmonisation des contrats internationaux<sup>36</sup>. Une forme de "droit matériel des contrats internationaux"<sup>37</sup> issue de la pratique contractuelle peut être de ce fait considéré comme une véritable source du droit du commerce international.

C'est en ce sens qu'il est intéressant d'envisager l'étude du contentieux international en prenant pour référentiel le droit transnational, c'est-à-dire un espace normatif se situant au-delà des droits des États-nations et du droit international au sens classique, qui implique des acteurs nouveaux, tel les investisseurs et la société civile dans le droit des investissements.

L'utilisation de l'expression "droit a-national"<sup>38</sup>, a pour but de montrer l'absence des États dans le processus de création des règles qui le composent<sup>39</sup>. Ce droit, créé en majorité par les opérateurs eux-mêmes du commerce international, transcende les frontières des États. Toutefois, il ne reste pas cantonné aux seules parties qui l'ont créé, mais tend à étendre son application à la communauté des marchands dans sa globalité. Les codes professionnels, les labels ou les guides de bonnes pratiques sont un exemple de normalisation par les praticiens du commerce international. Le droit a-national ou transnational peut aussi être créé par des organisations internationales intergouvernementales, tels les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international<sup>40</sup>. Le droit transnational est ainsi un véritable système privé de gouvernance<sup>41</sup>

L'économie extractive fournit de nombreux exemples exigeant une nouvelle réflexion sur le droit et notamment le droit transnational. Les référentiels ISO, les méthodes de *compliance management* ou le devoir de vigilance (*Due diligence*) sont des objets mixtes nécessitant l'analyse de juristes, de gestionnaires et d'économistes mais aussi de sociologues. Les incertitudes nées de la cohabitation d'une *lex mercatoria*, de normes internationales et de réglementations nationales rendent nécessaire la réflexion sur ces objets.

---

36. Voir y compris pour les contrats internes, Dross W., *Clausier*, LexisNexis, 2e éd. 2011 ; Testu F.-X., *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010 ; Mousseron J.-M., Mousseron P., Raynard J., Seube J.-B., *Technique contractuelle*, 4e éd., éd. F. Lefebvre, 2010.

37. Fontaine M., "L'originalité des clauses négociées dans les contrats internationaux", *Journ. sociétés*, juin 2009. 28.

38. *op.cit.*, note 10

39. Kessedjian C., *Droit du commerce international*, PUF, 2013, p. 40.

40. Ces principes ont, en effet, été créés - non par l'organisation - mais par un groupe de travail composé de manière ad hoc, par des membres désignés ad personam qui ne représentent pas les États. Ils constituent ainsi un corps de règles "neutres", non contraignant, à la disposition des parties à un contrat international, qui peuvent s'en servir pour rédiger leurs contrats et décider de s'y soumettre comme elles le feraient pour une loi nationale.

41. Sweet A. S., "The New Lex Mercatoria and Transnational Governance", *J. Eur. Publ. Pol.*, 2006, p. 627. L'auteur définit la gouvernance comme "the mechanisms through which the rules that govern social exchange in any community are adapted, on an ongoing basis, to the needs of those who live under them".

Ces premières caractéristiques sont déterminantes dans le champ du contentieux international et justifient de se placer à un niveau transnational. Cela se justifie également par la place qu'occupe le contentieux international, qui se situe à la frontière entre le droit des États - et les prérogatives qui leur sont attachées traditionnellement dans l'ordre international - et le droit international privé - qui s'attache, en principe, à régler les situations individuelles.

Différents textes contribuent fortement à la construction d'un ordre public « transnational » ou « réellement international ». Le droit transnational a ainsi contribué - en particulier dans le domaine des investissements qui mêlent des problématiques complexes et nombreuses - à se faire rencontrer droit international public et droit international privé dans un ordre public transnational. Celui-ci semble s'opposer de prime abord à l'ordre public international qui relève de la souveraineté nationale et de la liberté de chaque État souverain de se déterminer dans l'ordre international. Toutefois, à côté de l'ordre public international classique, doté d'une forte dimension nationale, aurait ainsi émergé un ordre public réellement international, autonome, pour partie, des États que ce soit du point de vue de ses sources normatives ou de ses organes. On a pu être tenté de le matérialiser dans les tribunaux arbitraux et les sentences que ceux-ci rendent en autonomie vis-à-vis des ordres nationaux. Ils favorisent, en ce sens, l'émergence de concepts nouveaux, certes fondés sur un ou plusieurs droits nationaux - voire sur des éléments de droit international (comme des principes généraux) - mais dont l'application revêt une originalité particulière. La posture de la méthode arbitrale dans l'équilibre à réaliser entre les différentes valeurs qui émergent pour la structuration de cet ordre public transnational sera donc ici particulièrement intéressante à étudier.

### **C. Hypothèses : les pratiques de choix par les acteurs construisent l'espace des normes applicables par les juges lors du contentieux**

Une nouvelle théorie est ainsi élaborée par une partie de la doctrine<sup>42</sup> qui souhaite abandonner peu à peu la conception traditionnelle du contentieux - des actions et des justices - pensée pour le cadre national, afin de trouver une définition adaptée à un cadre désormais transnational. Dans ce nouveau style de la doctrine, il est possible de définir le contentieux

---

42. Michaels R., « Dreaming law without a state : scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature », *London Review of International Law*, Volume 1, Issue 1, 2013, p.35.

extractif comme un « espace normatif » extractif, composé de trois éléments : les pratiques de choix par les acteurs privés et publics de ce contentieux – *forum shopping* et *law shopping* - ; les règles juridiques choisies, telles que les règles procédurales ou substantielles nationales, transnationales, internationales ; les discours des acteurs sur ces pratiques de choix et règles qui contribuent à orienter, construire et justifier les choix opérés. Ces « discours » de juristes du secteur extractif orientent les pratiques des acteurs. Ces « discours » sont par exemple ceux de juristes du secteur extractif réunis pour un colloque à la C.C.I. qui font connaître et donc orientent les pratiques des acteurs en élaborant les *best practices* de l'arbitrage extractif.

Cet exemple de pratique d'une théorie juridique dite transnationale réalise, de ce fait, un renversement de la « pyramide normative » dans laquelle la pratique des acteurs constitue le fondement, la nouvelle norme fondamentale de cette forme souple d'ordre juridique que sont les « espaces normatifs ».

Par conséquent, une importante doctrine étudie désormais non plus la *lex mercatoria* ou *lex petrolea* substantielle propre aux contrats extractifs mais la *lex mercatoria* procédurale<sup>43</sup> ou *lex mercatoria* comme méthode<sup>44</sup>, c'est-à-dire la pratique des arbitres définie comme méthode de choix du droit applicable<sup>45</sup>. La *lex mercatoria* est alors moins un corps de règles matérielles que la méthode procédurale des arbitres qui consiste à comparer les diverses règles de droit en concours, pour choisir celle qui convient le mieux à la solution de l'affaire en cause. La méthode des arbitres, la méthode de la *lex mercatoria*, la méthode du droit transnational, se substitue à la méthode des juges, la méthode conflictualiste, la méthode du droit international. Il n'existe alors pas de *lex petrolea* ou de *lex extractiva* comme ordre juridique extractif, mais ce que la doctrine commence à nommer des « espaces normatifs », des espaces juridiques « spontanés » créés par les acteurs<sup>46</sup>.

Les contentieux extractifs en sont la preuve, la loi nationale - procédurale ou substantielle - est encore essentielle, mais c'est une loi déterritorialisée, choisie par les acteurs. La *Societas Petroleatorum* du Professeur Philippe Kahn<sup>47</sup> crée des espaces singuliers constitués de

---

43. Nottage L., « The Procedural Lex Mercatoria : The past, Present and Future of International Commercial Arbitration », *Sydney Law School Research Paper* [en ligne], n° 06/51, 2006, p.5, [consulté le 18 septembre 2018]. Disponible à l'URL : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=838028](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=838028).

44. Gaillard E., « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », *Mac Gill Law Journal*, [en ligne], 55, 2010, p. 891., [consulté le 18 septembre 2018]. Disponible à l'adresse URL : <https://id.erudit.org/iderudit/1000788ar>.

45. Gaillard E., *Aspects philosophique de l'arbitrage International*, Poche-Académie de droit international de la Haye, 2008.

46. Grisel F., *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique*, préface de L. Cadiet, Fondation Varenne Collection de thèses, 2011.

47. Kahn Ph., « Vers l'institutionnalisation de la *lex mercatoria*. A propos des principes Unidroit

règles le plus souvent étatiques ou interétatiques, internationales.

L'« espace normatif extractif » est ainsi une approche du droit extractif qui met les pratiques des acteurs - les praticiens du droit - à la source du droit transnational et du droit extractif<sup>48</sup>. Les acteurs du contentieux extractif réalisent des choix de lois tant procédurales que substantielles, et le contentieux extractif n'est en conséquence pas localisé dans un seul ordre juridique - national, international ou transnational -, mais dans tous les ordres juridiques choisis par l'incorporation d'une société, par une clause de choix ou en localisant, par exemple, le siège de l'arbitrage, suivant en cela les *best practices* professionnelles précédemment décrites.

Cette théorie de l'« espace normatif » qui repose sur les pratiques professionnelles des lawyers renverse la pyramide normative kelsenienne, les acteurs réalisant par leur *legal strategy* des choix de juridictions, de lois, mais aussi d'ordre public et de hiérarchies normatives.

La question de ce nouvel « espace normatif » a rarement été étudiée par une doctrine qui se limite trop souvent à l'examen de la conformité du contrat extractif aux règles de droit, nationales ou internationales, applicables<sup>49</sup>. Les praticiens du droit<sup>50</sup> insistent au contraire sur les pratiques professionnelles, l'intérêt des parties et le « *win-win negotiating paradigm* ».

Ce constat aujourd'hui de la mutation des catégories du droit : changement et imbrication de ces catégories à travers le choix des acteurs, le *law shopping*, l'analyse économique du droit, nécessite ainsi d'analyser et de comprendre ces techniques de choix dans le contentieux international.

Cette question du choix de la loi est depuis longtemps étudiée en droit international privé, notamment à travers le principe d'autonomie. Cependant, aujourd'hui, d'autres champs du droit doivent être analysés. Le droit des affaires, le droit des investissements, le droit social, par exemple, constituent ce droit transnational qui semble aujourd'hui être un cadre d'analyse plus adapté. En effet, les contentieux internationaux mêlent de plus en

---

relatifs aux contrats du commerce international », in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruylant, 1998, p. 132.

48. Dupret B., « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique », *Droit et Société*, 2010, p. 315, [consulté le 22 septembre 2018]. Disponible à l'URL : <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00548928/fr/>.

49. Voir cependant : Lhuillier G., « Le contentieux extractif : essai de définition », *op. cit.*, note 21.

50. Voir, en langue anglaise : Radon J., « The ABCs of Petroleum Contracts : License-Concession Agreements, Joint-Ventures, and Production-sharing Agreements » in Tsalik S., Schiffrin A. (eds.), *Covering Oil : A Reporter's Guide to Energy and Development*, Open Society Institute, 2005, p.71 ; Radon J. « How to negotiate an oil agreement » in Humphreys M., Sachs J. D., Stiglitz J. E., *Escaping the Resource Curse*, Columbia University Press, 2007.

plus ces différentes branches du droit.

Se pose également la question du respect et de la place de l'ordre public dans ce « nouvel espace normatif ». En effet, dans l'ordre transnational la question du choix de la loi se pose différemment du choix en droit national. Le principe d'autonomie gouverne le choix de la loi, mais le contrôle de la conformité à l'ordre public n'existe plus. L'ordre public international intervient parfois en tant que contrôle d'une sentence arbitrale : un État peut refuser d'appliquer une décision juridictionnelle ou une sentence arbitrale étrangère au nom de la discordance avec son ordre public national. Quelle est ainsi la place attribuée à cet ordre public international dans des situations de conflits de loi initiées par les contrats internationaux ? La question du choix de la loi se révèle ainsi parfois être celle du choix d'un ordre public dans la pratique du droit international.

Par ailleurs, la société civile, par l'action des associations, semble aujourd'hui devenir un agent d'application des normes internationales. En effet, l'intérêt et la capacité à agir des associations face aux sociétés sont, dans de nombreux cas de contentieux, largement reconnus. L'importance des contentieux tenant compte de cette société civile, et les effets que peuvent avoir les contrats Partenariats Publics Privés (P. P. P.)<sup>51</sup> nécessitent ainsi de « mesurer » les impacts de ces contrats sur les populations, afin de préserver les intérêts de chacun. La relation tripartite que crée les contrats internationaux – tels que par exemple les contrats extractifs – nécessite de prendre en compte leur point de vue.

Les « espaces normatifs » - qui se constituent à partir des pratiques des personnes privées (sociétés, praticiens, ...) – montrent cette évolution du droit international privé qui semble ainsi se réduire à un choix, ou plus précisément à des choix. Il semble donc pertinent d'étudier la question des choix dans les contrats et contentieux internationaux, et plus particulièrement à travers le contentieux extractif, terrain par excellence de ces nouvelles pratiques professionnelles. Les différents choix de loi matérielle - *law shopping* - et de loi procédurales - *forum shopping* - sont en effet essentiels pour régler un litige.

Enfin, cette question des choix de la règle de droit mérite également de s'intéresser aux pratiques de gestion. En effet, l'entrepreneur prend en permanence des décisions dans un

---

51. Dans son célèbre « discours de Davos » de 1999, Kofi Annan, le Secrétaire Général de l'ONU, proposait aux dirigeants des grandes sociétés mondiales de conclure « un “contrat mondial” fondé sur des valeurs et des principes communs qui donneront un visage humain au marché mondial » sur le modèle du “partenariat”. Les P.P.P., « partenariats » entre transnationales et États que sont les contrats extractifs étaient alors élevés au rang de concept politique central de la Gouvernance mondiale, Allocution prononcée le 31 janvier 1999 au Forum économique de Davos, Communiqué de presse SG/SM/6881, 1er février 1999, <https://www.un.org/press/fr/1999/19990201.sgsm6881.html>.

univers incertain caractérisé par de nombreux risques. Or, parmi ces risques, les incertitudes liées à l'inexécution des contrats sont celles qui peuvent être plus ou moins maîtrisées par le droit et les institutions judiciaires. Les sociétés intègrent donc, aujourd'hui, de plus en plus, les règles et les procédures juridiques dans leurs processus décisionnels afin de neutraliser ces incertitudes. Ainsi, les théories de gestion traditionnellement utilisées par le monde des affaires sont appliquées à des notions juridiques. L'étude de ces techniques de gestion pour comprendre les choix de règle de droit des praticiens semble ainsi judicieuse.

## **D. Episthémé particulier : entre droit et management**

### **1. La notion de choix et les sciences juridiques**

Selon le Litré , choisir consiste à prendre en préférence quelque chose ou quelqu'un aux autres. Le résultat de cette action est un choix. Le choix fait également référence à un pouvoir, celui de choisir parmi différentes possibilités. Sélectionner parmi différentes options. Enfin, le choix peut correspondre à un ensemble de choses qui ont été choisies, sélectionnées pour leur qualité ou des critères de sélection préétablis.

Le choix renvoie à la rationalité de ce choix, aux raisons de celui-ci, à la raison. « Un choix est rationnel, explicable, tandis qu'une décision se joue toujours quelque part dans l'au-delà de notre raison, dans une sorte de folie de l'instant, qui nous prend au moment exact où nous y allons sans trop savoir pourquoi nous y allons. On choisit de s'endetter pour acheter un appartement, mais on décide de se marier. Le choix fait ainsi appel à la raison, au sens de l'action. Dans une autre mesure, « l'idée cartésienne de libre arbitre repose sur celle de choix et non de décision : faire preuve de libre arbitre, c'est être capable d'arbitrer en raison, de choisir de satisfaire un désir plutôt qu'un autre. Agir dans le doute, c'est alors décider, et non choisir. »<sup>52</sup> Cette deuxième affirmation permet de souligner l'idée que le choix nécessite un arbitrage rationnel entre différentes possibilités.

Le droit du commerce international a traditionnellement pour fonction de fixer les règles applicables aux opérations du commerce international. Il n'est pas, pour autant, un droit unique, supranational qui détermine toutes ses règles. Il est ainsi souvent nécessaire de faire un choix parmi les règles applicables aux opérations du commerce international.

En droit international, un choix est en effet indispensable entre les différentes règles de droit existantes. Une même situation peut être régit par différents régimes juridiques, par

---

52. Mijolla-Mellor S., « Avant-propos. Qu'est-ce que choisir ? », in Mijolla-Mellor S. (dir.), *Le choix de la sublimation*, Presses Universitaires de France, 2009, pp. 5-10.

différents droits étatiques. Ainsi, par exemple, le divorce entre un français et une espagnole peut être soumis au droit français, au droit espagnol du fait du principe de territorialité du droit. Chaque pays a ainsi à disposition des normes matérielles nationales. Il n'existe toutefois pas ou peu de textes dans le code civil qui permette de donner une solution évidente à une situation impliquant un élément d'extranéité. L'article 310 du code civil en la matière de divorce dispose ainsi que si les époux sont de même nationalité, le droit de leur nationalité s'applique. Si, en revanche, ils ont une nationalité différente, la loi de leur dernier domicile commun sera applicable.

Le principe de souveraineté territoriale est une des bases essentielles des rapports internationaux dont le droit international a déduit le principe de non-intervention interdisant tant l'intervention « directe » que constitue une intervention militaire<sup>53</sup> que l'intervention « indirecte » que serait une intervention normative sur le territoire d'un autre État<sup>54</sup>. La notion de souveraineté a toujours été associée à l'idée d'un ordre territorialisé, localisé, clos dans l'espace de ses frontières<sup>55</sup>. Elle est la marque d'un pouvoir à la fois suprême dans l'ordre juridique interne, c'est-à-dire qui ne rencontre aucun supérieur, n'est limité par aucune autorité au-dessus d'elle, et indépendant dans l'ordre juridique international<sup>56</sup>. La territorialité est donc le principe qui gouverne la création et l'application des règles de droit. Ce principe désigne la vocation d'un droit à s'appliquer uniformément sur l'ensemble d'un territoire sans acception de nationalité ni de confession<sup>57</sup>. Associé à celui de souveraineté des États, il conduit à retenir la loi de l'autorité du juge, c'est-à-dire la loi du for. Si un juge est saisi, il va tendre à appliquer la loi de son État. Mais ce type de situation peut également être soumis à des principes de droit international.

La question du choix se pose ainsi dans différents champs du droit international privé, du droit international des affaires ou encore du droit international public, auxquels peut être soumis le contrat international.

Les différents choix possibles dans le contrat international se font en un « processus » par lequel les acteurs choisissent le droit applicable à leurs relations, en fonction d'un

---

53. C.I.J., *Détroit de Corfou*, Rec. 1949 p. 35. La marine Anglaise ayant déminé le détroit de Corfou, territoire Albanais, sans l'autorisation du gouvernement albanais qui s'y était opposé, est condamné par la C.I.J. sur ce point dans l'arrêt du 9 avril 1949.

54. Résolutions AGNU 2131 (XX), 2625 (XXV), 31/91, 36/103.

55. Bigo D., « Frontières, territoire, sécurité, souveraineté », *CERISCOPE Frontières*, [en ligne], 2011, [consulté le 5 mai 2020]. Disponible à l'adresse URL : <http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part1/frontieres-territoire-securite-souverainete>.

56. Maulin E., « L'irréductibilité de la souveraineté territoriale », *L'Europe en Formation* [en ligne], 2013/2, n° 368, pp. 11-20, [consulté le 5 mai 2020]. Disponible à l'adresse URL : <https://www.cairn.info/revue-l-europe-en-formation-2013-2-page-11.htm>. DOI : 10.3917/eufor.368.0011.

57. Cornu G., *op. cit.*, note 1, p. 917.

besoin concret. Le choix de la loi, du droit applicable, ne semble pas suivre les règles traditionnelles de droit international privé de choix de la loi. Ce droit est alors singulier, en tant que branche du droit, en ce qu'il met en cause les divisions traditionnelles de la doctrine entre droit international et droit interne ou entre droit public et droit privé, ou encore entre droit étatique national ou international et droit des marchands. Les parties choisissent, en effet, le droit applicable en fonction de son effet sur leurs contrats ou leurs contentieux, non en considération de la branche du droit traditionnellement applicable.

En outre, le droit du commerce international n'est pas seulement guidé par les besoins du commerce international. Suivant des logiques de préservation de l'intérêt général, il doit prendre en compte d'autres objectifs et d'autres valeurs que la seule satisfaction des intérêts du commerce international. L'intérêt général défendu par l'État mais également une forme d'intérêt général mondial, préservant des valeurs non marchandes telles que l'environnement ou la santé<sup>58</sup> doit être intégré dans le processus décisionnel.

Par ailleurs, si le juge étatique est d'évidence assujéti à la loi, cela n'est plus le cas des praticiens du droit transnational, dotés d'un pouvoir de choix de la loi applicable aux situations de fait. Les praticiens du droit transnational sont, en effet, très peu assujéti aux règles de droit, en raison – paradoxe – de règles de droit étatiques et interétatiques qui leur accordent très largement le pouvoir de choisir le juge compétent ou la loi applicable, voire même la hiérarchie des normes ou l'ordre public applicable. La méthode du droit transnational est ainsi une approche du droit par les pratiques concrètes du droit et non par les règles abstraites. Elle est qualifiée de méthode « praxéologique » et fait apparaître que le « raisonnement » du juriste transnational est un raisonnement dit « inversé » car il part de la conclusion pour remonter jusqu'à la majeure. Cette méthode du syllogisme inversé fait ainsi d'abord appel aux faits avant de présenter – et de sélectionner – la règle de droit.

La société est l'opérateur principal du commerce international concerné par ces questions de choix. La société correspond à la réalité sociale qui naît du contrat de société et qui constitue une personne morale à compter de l'immatriculation<sup>59</sup> comme en dispose l'article 1842 du Code civil. La société transnationale, en outre, suppose le franchissement d'une frontière ou (et) s'exerce par-dessus les frontières indépendamment de l'action des

---

58. Voir en ce sens, Jourdain-Fortier C., *Santé et commerce international, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Préface Loquin E., Litec, 2006.

59. Cornu G., *op. cit.*, note 1, p. 871.

États<sup>60</sup>. Une société transnationale est ainsi une entité économique ou un ensemble d'entités économiques opérant dans plus d'un pays. La plupart du temps, ses sites de production et/ou de contrôle sont répartis dans plusieurs pays, une partie de son chiffre d'affaire est réalisé à l'étranger et son orientation stratégique se discute à une échelle régionale ou globale. La société multinationale, enfin, fait référence à un groupe plus ou moins institutionnalisé de sociétés de nationalité différente opérant chacune dans son État national mais relevant ensemble d'une direction commune, plus ou moins effective et plus ou moins localisée dans un seul État. Les sociétés multinationales opèrent ainsi dans plusieurs États<sup>61</sup>.

Le statut légal d'une société transnationale dans le cadre de ses activités commerciales est complexe. Elles sont, en effet, fondées sur la base du droit d'un État, qui permet l'application de son droit national. Cependant, chaque subdivision de cette société peut avoir une « nationalité propre » à travers le mécanisme des groupes de sociétés. Ces derniers ne bénéficiant pas de la personnalité morale en droit français<sup>62</sup>, la société mère et les filiales sont alors des personnes juridiques différentes et peuvent ainsi avoir une nationalité différente si leur siège social respectif est établi dans des pays différents. Devant respecter le droit national du pays où elles exercent leurs activités, les sociétés et les groupes transnationaux ont ainsi créé un espace d'activités échappant à la compétence d'un État en particulier.

L'étude de ces questions de choix à travers le prisme des sciences de gestion semble également pertinente pour comprendre les choix opérés par les praticiens des contrats internationaux.

## **2. La notion de choix et les sciences de gestion**

La multinationalisation d'une firme correspond en général à l'aboutissement d'un processus d'internationalisation qui débute le plus souvent par une stratégie d'exportation. A la volonté d'élargir son espace de marché s'ajoute ensuite, pour la firme, la volonté d'étendre son espace, en créant ou organisant des modalités relationnelles ou contractuelles plus ou moins élaborées, selon les choix de la firme et les zones géographiques

---

60. *Ibid.* p. 931.

61. *Ibid.*, p. 601.

62. Com., 2 avril 1996, *Bull. IV*, n°113 ; *Droit des sociétés*, 1996, comm. n°118, note Bonneau Th. et comm. n°102, note Chaput Y. ; *Bull. Joly*, 1996, p. 510, note Le Cannu P. ; *JCP éd. G*, 1997.II.22803, note Chazal J.-P.

visées. D'un point de vue stratégique, le processus d'internationalisation de la firme se caractérise par deux choix successifs : le premier est celui du pays ou du marché cible (localisation) et le second est celui du mode d'entrée dans ce pays cible. Le modèle Uppsala apporte une réponse conjointe aux deux questions, en développant une théorie robuste sur le processus d'internationalisation de la firme. A travers le concept de distance psychique entre pays – « la somme des facteurs qui restreignent le flux d'information en provenance et à destination du marché »<sup>63</sup>, à l'instar des différences de langage, de culture ou de développement industriel, le modèle d'Uppsala suggère un développement progressif de la firme vers l'étranger, pour expliquer à la fois le choix des destinations mais également celui des modes d'entrée<sup>64</sup>. La distance psychique est principalement approchée de deux manières, par la distance culturelle<sup>65</sup> et la notion de distance institutionnelle, qui mesure les différences entre pays au plan des institutions, lois, normes et règles<sup>66</sup>. La distance psychique est, en règle générale, corrélée à la distance géographique<sup>67</sup>.

Mais la notion de distance est un concept multidimensionnel<sup>68</sup>, comme en témoignent les travaux de Ghemawat<sup>69</sup> qui proposent un cadre d'analyse synthétique, tenant compte de quatre formes de distances : culturelle, administrative, géographique et économique. Parmi ces notions, le concept de distance administrative (ou politique) mérite une attention particulière, lorsqu'on s'intéresse au lien entre stratégie internationale et approche juridique. Ce concept est essentiellement lié à l'histoire, à la politique gouvernementale et au contexte institutionnel ou juridique<sup>70</sup>. Contrairement à la distance culturelle, cette dimension a fait l'objet de peu de travaux<sup>71</sup>, bien qu'elle soit considérée comme un déterminant dans le

63. Johanson J., Vahlne J.-E., « Process of the the Internationalization Development Firm-a Model of Knowledge Foreign and Increasing Market Commitments », *Journal of International Business Studies*, Vol. 8, N° 1, 1977, p. 23-32.

64. Métais E., Véry P., Hourquet P.-G., « Le paradigme d'Uppsala : la distance géographique et l'effet de réseau comme déterminants des décisions d'acquisitions internationales (1990-2009) », *Management international*, Vol. 15, N° 1, 2010, p. 47.

65. Hofstede G., « Motivation, leadership, and organization : Do American theories apply abroad? », *Organizational Dynamics*, Vol. 9, N° 1, 1980, pp. 42-63.

66. Kostova T., « Country institutional profiles : Concept and Measurement. », *Academy of Management Proceedings*, Vol. 1, 1997, p. 180-184.

67. Johanson J., Wiedersheim-Paul F., « The Internationalization of the Firm — Four Swedish Cases », *Journal of Management Studies*, Vol. 12, N° 3, 1975, p. 305-322.

68. Angué K., Mayrhofer U., « Coopérations internationales en R&D : les effets de la distance sur le choix du pays des partenaires », *Management*, Vol. 13, N° 1, 2010, p. 1-37 ; Meier O., Meschi P.-X., « Approche intégrée ou partielle de l'internationalisation des firmes : les modèles Uppsala (1977 et 2009) face à l'approche "International New Ventures" et aux théories de la firme », *Management international*, Vol. 15, N° 1, 2010, p. 11-18.

69. Ghemawat P., « Distance Still Matters. The Hard Reality of Global Expansion », *Harvard Business Review*, Vol. 79, N° 9, 2001, p. 137-147.

70. *Ibid.*

71. Evans J., Mavond F.T., « Psychic Distance and Organizational Performance : An Empirical Examination of International Retailing Operations », *Journal of International Business Studies*, Vol. 33, N° 3, 2002, p. 515-532.

choix de la localisation des firmes à l'international<sup>72</sup>.

Les aspects relationnels, institutionnels et administratifs se révèlent de ce fait au cœur de la stratégie d'internationalisation des sociétés. Ullrich<sup>73</sup> montre ainsi que la globalisation économique en tant que telle n'est pas le résultat de changements de la réglementation du commerce international mais de l'activité des sociétés. La mondialisation économique produit des effets systémiques qui ne se fondent pas seulement sur l'ouverture des marchés territoriaux mais sur les transformations de la structure des sociétés en réseaux de rapports intra-groupes. Il souligne, en outre, le phénomène de « l'internalisation contractuelle des marchés par des transactions commerciales régulières »<sup>74</sup>. La mondialisation économique tient donc du développement de l'activité des sociétés et des consommateurs qui cherchent à profiter de nouvelles opportunités, via la création ou la constitution de modes d'organisation et d'action de nature juridique et contractuelle.

Face à cette réalité, les stratégies internationales nécessitent de suivre une ou des stratégie(s) juridique(s) pour pénétrer un marché ou obtenir un accord. Danet<sup>75</sup> précise d'ailleurs que l'utilisation du droit et de « l'intelligence juridique » doit être intégrée dans la démarche stratégique des sociétés, en particulier dans un contexte de développement international. L'intelligence juridique fait référence à « l'ensemble des techniques et des moyens permettant à un acteur - privé ou public - de connaître l'environnement juridique dont il est tributaire, d'en identifier et d'en anticiper les risques et les opportunités potentielles, d'agir sur son évolution et de disposer des informations et des droits nécessaires pour pouvoir mettre en œuvre les instruments juridiques aptes à réaliser ses objectifs stratégiques »<sup>76</sup>. Ce concept d'intelligence juridique est synonyme du droit transnational défini comme « un processus de mobilisation de règles de droit par des acteurs privés et publics qui mettent en œuvre des pratiques professionnelles de choix de normes »<sup>77</sup> ou du *Transnational Legal Process*, défini « comme capacité des acteurs à mobiliser des règles pour régler des questions à dimension transnationale »<sup>78</sup>. En effet, comme l'a montré Lhui-

---

72. Parkhe A., « Interfirm diversity, organizational learning, and longevity in global strategic alliances », *Journal of International Business Studies*, Vol. 4, 1991, p. 579-601.

73. Ullrich H., « La mondialisation du droit économique : Vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *Revue Internationale de Droit Economique*, Vol. 17, N° 3, 2003, p. 291-311.

74. *Ibid.*

75. Danet D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », *Revue internationale d'intelligence économique*, Vol. 2, N° 2, 2010, pp. 251-262.

76. Warusfel B., « L'intelligence juridique : une nouvelle approche pour les praticiens du Droit », *Le Monde du Droit* 1 - 15 avril, Vol. 43, 2010, pp. 1-5.

77. Lhuillier G., *op. cit.*, note 31.

78. Koh H.H., « The 1994 Roscoe Pound Lecture : Transnational Legal Process », *Nebraska Law Review*, Vol. 75, 1996, N° 1.

lier<sup>79</sup>, la maîtrise du droit et des montages juridiques (*law shopping* par techniques de localisation contractuelle, techniques de localisation physique, approche par hiérarchie des normes juridiques) ouvrent des perspectives nouvelles à la réflexion stratégique en matière de développement international<sup>80</sup>. Masson<sup>81</sup> indique ainsi que « les sociétés ont pleinement incorporé le droit comme une partie intégrante de leurs stratégies. Les dirigeants ne cherchent pas seulement à échapper aux contraintes des normes positives, mais utilisent le Droit comme une ressource pour atteindre leurs objectifs commerciaux, industriels ou financiers. »<sup>82</sup> Il existe de ce fait plusieurs types de contrats et de montages juridiques pour contourner un obstacle et s'implanter durablement sur un marché visé, tels que les contrats de licences, les contrats de coopération, les contrats d'acquisitions ou encore les réseaux contractuels<sup>83</sup>. Les stratégies ont donc une portée managériale par leur finalité, mais également juridique par le type de ressources et modes de structurations qu'elles mettent en œuvre<sup>84</sup>.

Les déterminants de ces stratégies ont évolué avec le changement de polarité géographique au niveau de certains contrats, notamment avec l'émergence de contrats Sud-Sud, par opposition aux références traditionnelles Nord-Sud. Les contrats extractifs sont ainsi exemplaires de ces stratégies suivies par les praticiens du droit transnational.

Cette approche originale par les sciences juridiques et les sciences de gestion permet une lecture plus globale et adaptée aux problématiques actuelles du droit des contrats inter-

---

79. Lhuilier G., « Le concept de *law shopping*. (Droit international privé, droit social, droit de l'environnement) », in *Droit du travail et droit de l'environnement. Regards croisés sur le développement durable*, Paris, Lamy-Wolters Kluwers, 2010.

80. Ainsi, les plus grandes multinationales pétrolières, par diverses techniques, stratégies, dont l'incorporation de filiales aux *British Virgin Island*, ne paient aucun impôt aux États avec lesquelles elles contractent pourtant des contrats extractifs en se soustrayant à leurs lois, échappant même à leurs lois d'ordre public. Cela n'est possible que dans la mesure où ces États ont permis ces mécanismes de *law shopping* utilisés par les transnationales pour s'incorporer dans un État de leur convenance et réaliser ainsi un choix de loi fiscale - *tax law shopping*. L'intelligence juridique serait cette capacité à réaliser avec efficacité des choix juridiques qui optimisent coûts et revenus. Fouquet M., Lhuilier G., Meier O., « Les choix stratégiques dans les contrats extractifs internationaux », *Management international*, Vol. 22, 2018, p. 5.

81. Masson A., *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, 2009.

82. Le positivisme juridique a pour finalité la description du droit sur le modèle des Sciences de la nature, et réduit bien souvent le droit à la loi et aux règles étatiques. À l'opposé du positivisme juridique, la théorie du droit comme argumentation ou plus exactement la théorie herméneutique du droit prend en compte le tournant linguistique dans les sciences sociales et construit une théorie du droit sur le modèle épistémologique des sciences du langage. Les théoriciens du droit transnational abandonnent, en effet la théorie « pure » du droit, c'est-à-dire épurée du monde des faits, des acteurs et de leurs actions et prennent en compte les modes d'effectuation concrets du droit par la pratique des acteurs, Twining W., « Taking Facts Seriously—Again », *Journal of Legal Education*, Vol. 55, No. 3, 2005, pp. 360-380.

83. Ullrich H., « La mondialisation du droit économique : Vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *Revue Internationale de Droit Economique*, Vol. 17, N° 3, 2003, pp. 291-311.

84. Bouthinon-Dumas H., « Le traitement médiatique des affaires de délits d'initiés », *Revue internationale de droit économique*, Vol. t. XXVI, N° 2, 2012, pp. 133-160.

nationaux qui évoluent dans un environnement complexe et mondialisé. Cet angle d'étude des contrats internationaux contribue à une analyse qui prend en compte l'ensemble des parties prenantes d'un contrat, à la lumière du droit positif.

## **E. Méthode adoptée : approche praxéologique et casuistique**

Une approche par la pratique, par l'étude des cas, a été suivie. La méthode casuistique consiste à résoudre les problèmes posés par l'action concrète au moyen de principes généraux et de l'étude des cas similaires. Deux principes la fondent : validité des lois générales comme normes de l'action particulière ; similitude de certaines actions humaines qui permet de transposer les lois de l'agir de l'une à l'autre. Science appliquée, la casuistique ne peut ni se soustraire à la lumière des principes ni se substituer au jugement de la conscience personnelle<sup>85</sup>. La casuistique c'est « tout simplement, penser et enseigner le droit par l'espèce ou le cas »<sup>86</sup>.

Dans le cadre de cette thèse, afin de mieux comprendre l'articulation entre la stratégie internationale des firmes et les stratégies et pratiques juridiques suivies, une étude comparée de deux contrats extractifs internationaux aux enjeux économiques comparables (même localisation, même type de société, même stratégie, profils d'acteurs comparables), mais ayant abouti à des techniques et résultats relativement différents a été menée. Cette étude de cas a été élaborée pour préparer le travail de thèse.

Cette recherche a eu pour but de mieux comprendre les évolutions récentes dans la détermination des techniques utilisées pour le développement international des firmes. Elle permet de donner du « sens » et une certaine logique aux phénomènes constatés (finalité des acteurs, enjeux de la relation, influence culturelle et politique, contraintes économiques, ...). Plus précisément l'enjeu de cette recherche est double. Sur un plan théorique, ce travail permet l'élaboration d'un cadre méthodologique pour analyser les

---

85. Vereecke L.-G., « CASUISTIQUE », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], [consulté le 21 décembre 2019]. Disponible à l'adresse URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/casuistique/>.

86. Larrosa V., « La casuistique et l'enseignement du droit », in Raimbault P., Hecquard-Thénon M., *La pédagogie au service du droit* [en ligne], Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, [consulté le 10 décembre 2019]. Disponible à l'adresse URL : <http://books.openedition.org/putc/427>. DOI : 10.4000/books.putc.427. Voir également la définition de Vereecke L.-G., professeur de théologie morale moderne dans l'article consacré à la casuistique par l'Encyclopédie Universalis : « *Utilisée spécialement en théologie morale, mais aussi en droit et en médecine, la méthode casuistique consiste à résoudre les problèmes posés par l'action concrète au moyen de principes généraux et de l'étude des cas similaires. Deux principes la fondent : validité des lois générales comme normes de l'action particulière ; similitude de certaines actions humaines qui permet de transposer les lois de l'agir de l'une à l'autre. Science appliquée la casuistique ne peut ni se soustraire à la lumière des principes, ni se substituer au jugement de la conscience personnelle* ».

stratégies des acteurs de la mondialisation économique. Il s'agit de distinguer les techniques de choix, les choix possibles et les rationalités à l'œuvre dans ces choix. Sur un plan pratique, cette recherche constitue une aide à la prise de décision lors de la négociation, de la rédaction, mais aussi de l'exploitation et de la gouvernance de ces contrats, ainsi que de leur contrôle par les autorités politiques de régulation et les institutions financières.

La pré-sélection des cas a été réalisée à partir de trois critères. Le premier critère porte sur le caractère opérationnel d'un contrat international, en prenant l'exemple de la rédaction d'un contrat extractif international (pétrole, gaz, mine). Le deuxième critère porte sur le caractère comparable des contrats retenus, à savoir des contrats au service du développement international des sociétés et ayant au départ des caractéristiques communes (finalité, enjeux, mêmes types d'acteurs, même zone géographique). Le troisième critère concerne les résultats obtenus en matière de rédaction des contrats, avec des caractéristiques différentes (méthodes utilisées pour la localisation du contrat), alors même que les conditions initiales étaient quasi-similaires (contexte, enjeux, profils des acteurs). L'étude s'intéresse ainsi à deux contrats extractifs internationaux présentant un certain nombre de similitudes : les deux contrats ont des objectifs proches ; les deux contrats ont été conclus à la même période (2008 pour le contrat minier et 2010 pour le contrat pétrolier) et dans le même pays ; dans les deux cas analysés, l'objet du contrat relève du même domaine d'activité : contrat minier et pétrolier. L'équivalence des contrats sur le référentiel choisi est, de ce fait, un élément primordial pour contrôler les autres facteurs explicatifs pouvant justifier les trajectoires différentes qui ont été prises.

De plus, un certain nombre de variables, pouvant interférer dans l'analyse, ont également été contrôlées au début de l'étude, afin de s'assurer que les résultats ne proviennent pas d'éléments exogènes. En particulier, trois facteurs ont fait l'objet d'une attention particulière : les facteurs stratégiques (même finalité économique et même type de contrat), politiques (même État et type de sociétés référents) et conjoncturels (même situation géopolitique).

Les deux cas étudiés correspondent de ce fait à des contrats extractifs en Afrique réalisés dans le même pays (Congo), et dans un contexte international analogue. En effet, les deux cas possèdent des propriétés intéressantes au regard des objectifs de la recherche. Ils présentent des situations qui disposent de caractéristiques initiales semblables. Les profils des acteurs sont proches. Les activités concernées sont, dans les deux contrats, des ressources énergétiques. Le contrôle de ces caractéristiques rend, par conséquent, possible la recherche de différences entre les deux cas, en neutralisant des facteurs qui auraient pu

modifier l'analyse (en imputant les trajectoires différentes à d'autres phénomènes n'ayant pas de lien direct avec le processus de rédaction de ce type de contrats).

Cette thèse s'appuie sur l'apport méthodologique de l'étude de cas dans l'examen approfondi d'un phénomène contemporain<sup>87</sup> à l'international, en vue de baliser un terrain encore peu exploré et faire émerger des propositions théoriques à visée compréhensive<sup>88</sup>. Il se justifie en raison d'un domaine d'étude dans lequel la contextualisation<sup>89</sup> et la complexité<sup>90</sup> sont les assises d'un mode de contribution singulier, à savoir comprendre de « l'intérieur » la formulation des contrats internationaux. L'importance est mise ici sur la compréhension des points d'intérêts pour les acteurs (Etat, sociétés, parties prenantes), l'analyse de la complexité d'un processus de réalisation d'un contrat international en contexte et sur la présentation d'interprétation des différentes étapes observées. La démarche se concentre sur les questions internationales, en s'intéressant notamment à l'élaboration de deux cas analogues de contrats extractifs en Afrique (Congo) ayant débouché sur des formulations et des procédés juridiques pourtant différents. Elle repose sur la volonté de rechercher les processus de construction d'un contrat extractif, en précisant le contexte, les enjeux, les acteurs, le processus et la formulation finale du contrat permettant d'étudier les différents choix à l'œuvre dans ces contrats extractifs internationaux. L'objectif de la recherche est donc de comprendre un phénomène, à travers une plongée dans ses éléments constitutifs<sup>91</sup>. Elle s'appuie sur deux études de cas critiques au sens de Koenig<sup>92</sup> considérées comme des expériences cruciales et significatives des contrats internationaux, tout en veillant à de nouveaux apports sur le plan théorique. Les deux contrats étudiés sont ainsi exemplaires des choix à l'œuvre dans les contrats extractifs internationaux.

---

87. Fortin M.-F., Gagnon J., *Fondements et étapes du processus de recherche : méthodes quantitatives et qualitatives*, Chenelière éducation, 2010.

88. Merriam S., *Qualitative research and case study application in education : Revised and expanded from case study research in education*, Jossey-Bass Publishers, 275 p., 2001.

89. Stake R.E., *The Art of Case Study Research*, Sage, 1995 ; Gagnon Y.-C., *L'étude de cas comme méthode de recherche : guide de réalisation*, Presses de l'Université du Québec, 2005, 128 p.

90. Yin R.K., "Case study research design and methods third edition ?", *Applied social research methods series*, 2003.

91. Mucchielli A., « Les processus intellectuels fondamentaux sous-jacents aux techniques et méthodes qualitatives », *Recherches qualitatives*, 2007, N° 3, p. 1-27.

92. Koenig G., « Études de cas et évaluation de programmes : une perspective campbellienne », *Actes de la XIVème Conférence de l'Association Internationale de Management Stratégique*, 2005.

<b>Facteurs de contrôle</b>	<b>Dimensions</b>	<b>Contrats 1 et 2</b>
<b>Facteurs stratégiques</b>	Justification et intérêt du contrat métiers et de secteur Proximité en termes de type de société	Stratégies semblables : pénétration de la République démocratique du Congo pour l'exploitation de ressources extractive (minières ou pétrolières) Sociétés investisseuses issues de l'économie mondiale émergente, venant de pays en voie de développement en forte croissance (Chine et Afrique du Sud)
<b>Facteurs politiques</b>	Contexte géopolitique, politique gouvernementale	Choix de sortir de l'influence du FMI, des banques américaines et des pays occidentaux
<b>Facteurs conjoncturels</b>	Situation politique, économique et sociale	Même période Epoque de réélection de Kabila Recherche du soutien de l'O.U.A. (Organisation de l'unité africaine)

Tableau 1 – Deux contrats équivalents d'un point de vue théorique

## F. Intérêt du sujet

### 1. Théorique

Les deux contrats extractifs étudiés présentent des différences dans leur contenu, notamment concernant la loi applicable au contrat. Ces différences de choix pourraient être justifiées par divers critères. L'hypothèse de rationalité néo-classique de l'économie du contrat pourrait expliquer les choix de droit et de contentieux qui sont faits dans les contrats extractifs internationaux. Toutefois, l'hypothèse de rationalité ne permet pas toujours d'expliquer certains choix différents effectués dans les contrats, alors que même que les conditions de négociation et de conclusion sont semblables.

Ainsi, il est a priori possible de discerner parfois chez les acteurs de ces contrats une recherche de maximisation des profits par un bilan coût-avantage, une rationalité classique redevable d'une analyse des comportements rationnels individuels. En outre, dans un certain nombre de cas, il faut resituer les choix des acteurs dans leur contexte historique, social, ou plus précisément de représentations partagées, des coûts de transactions différents pouvant expliquer des choix différents. Dans d'autres cas, enfin, les acteurs

font des choix qui ne sont pas en accord avec des représentations partagées de l'analyse institutionnelle.

Cette recherche démontre ainsi que la gestion des conflits à l'œuvre dans les contrats entre des intérêts divergents et différentes contraintes n'aboutit pas à un contrat qui relève d'une approche optimisée par la technique, ne relève pas d'une approche rationnelle. Ce contrat relève d'un processus de résolution de multiples problèmes, de multiples contraintes et de multiples contextes qui apporte une solution acceptable pour l'ensemble des parties. Les techniques de choix étudiées sont identifiées parfois comme des « stratégies »<sup>93</sup> proches des sciences de gestion. Cela est pourtant réducteur car il s'agit bien de pratiques juridiques faisant appel aux savoirs traditionnels des juristes. Ces techniques permettent, en effet, aux praticiens de choisir le droit - principalement national mais aussi international - qui leur est applicable<sup>94</sup>. La pratique des affaires internationales consiste alors à jouer à un « jeu de lois » à l'échelle du globe et savoir « localiser » une société, un contrat ou un litige dans un espace normatif professionnel (Mines, IT, équipementiers...), culturel (*common law*, droit français, droit chinois...), ou étatique (Droit chinois ou droit de R.D.C.) voir interétatique (Convention de New York ou Convention de Washington sur les sentences arbitrales, ...). Il s'agit de savoir aussi emprunter les « chemins » qui relient certains de ces « espaces » bref « construire » un espace de normes, un « espace normatif »<sup>95</sup>.

Cependant, cette globalisation en marche ne correspond pas - loin de là - à une uniformisation. Les différences subsistent d'un espace normatif à l'autre, d'un droit professionnel à l'autre. Le droit global est marqué du sceau de la complexité. Différents outils de stratégies et les rationalités à l'œuvre permettent ainsi de définir des espaces différents. La pratique juridique n'est qu'une succession de choix pour réaliser ces constructions<sup>96</sup>. Pour Bergé, « ce qui compte, c'est la pratique du droit par le juriste, c'est-à-dire sa recherche d'un résultat ». Pour faire ses choix, le juriste ne peut plus se contenter d'une logique d'uniformité et de hiérarchisation des règles de droit (*rational system*)<sup>97</sup>. Mais il doit aussi s'adapter aux jeux d'acteurs (*natural system*) et aux contextes politiques, culturels et socioprofessionnels de son environnement (*open system*). Il est ainsi, en premier lieu, face à une grande diversité de règles de droit qu'il peut choisir. Ensuite, il doit comparer

---

93. Bouthinon-Dumas H., « Le traitement médiatique des affaires de délits d'initiés », *Revue internationale de droit économique*, Vol. t. XXVI, N° 2, 2012, pp. 133-160.

94. Lhuillier G., « Le contentieux extractif : essai de définition », *op. cit.*, note 21.

95. *Ibid.*

96. Geny F., « La technique législative dans la codification civile moderne », *Livre du centenaire*, 1904, pp. 989- 1038 ; Bergé J.-S., « Implementation of the Law, Global Legal Pluralism and Hierarchy of Norms », *European Journal of Legal Studies*, Vol. 4, N° 1, 2011, pp. 241-263.

97. Fouquet M., Lhuillier G., Meier O., *op. cit.*, note 80, pp. 42-55.

les règles, c'est-à-dire envisager les conséquences pratiques que le choix de cette loi aurait. Enfin, en fonction de ces conséquences pratiques, il va opérer un choix de loi. Les praticiens et les sociétés signataires de ces contrats sont ainsi influencés par leur environnement, les pratiques de la communauté extractive et le contexte social et culturel des négociations. Les stratégies juridiques ne sont donc pas seulement explicables par le droit. Les choix opérés relèvent de plusieurs rationalités. Les conclusions issues de l'étude de ces deux contrats peuvent être étendues et généralisées à l'ensemble des contrats extractifs actuels. En effet, il s'agit de cas d'exemplarités. Une étude de parlementaires britanniques menée en 2011 par le All Party African Great Lakes Group - enquête d'une organisation regroupant deux cent parlementaires anglais sur les incorporations de sociétés aux Iles Vierges Britanniques dans des contrats miniers de R.D.C, soit près de 45 contrats identiques en R.D.C. en une seule année -<sup>98</sup> concernant le contrat pétrolier souligne en effet ce caractère exemplaire. Le contrat minier est, pour sa part, dit « du siècle » par la communauté transnationale des juristes extractifs, reconnaissant ainsi son exemplarité, qui est celle d'être un contrat de compensation, dit contrat offset. Or, ces contrats offset, très peu connus – il n'existe en effet aucune étude disponible en langue française - représentent sans doute bien plus de 15% du commerce mondial (contrats d'armements, aéronautique, électronique, etc.).

## 2. Pratique

Cette recherche peut ainsi constituer, pour un certain nombre d'acteurs et de praticiens, une aide à la décision utile dans leur démarche de négociation et réalisation de contrats internationaux. On peut ainsi citer le cas des États hôtes, et plus particulièrement des fonctionnaires des autorités nationales chargés des appels d'offres des contrats extractifs, dirigeants de sociétés nationales extractives, autorités nationales de contrôles, négociateurs pétroliers locaux, directeurs des opérations des sociétés locales. De même, ce travail pourra intéresser les sociétés transnationales et notamment les cadres dirigeants qui soumettent des offres de contrats extractifs, négociateurs internes de ces contrats, cadres opérationnels de ces sociétés extractives. Il peut aussi constituer une aide utile pour les organisations internationales et institutions financières telles que les experts chargés de l'évaluation des risques financiers et politiques des contrats extractifs. Enfin, cette recherche peut présenter un intérêt pour des juristes spécialisés « grands contrats » de société en charge des appels

---

98. Joyce E., « Billions in underpriced DRC state asset sales » [en ligne], 2011, [consulté le 20 novembre 2017]. Disponible à l'adresse URL : <http://www.ericjoyce.co.uk/2011/11/congo-fire-sale/>.

d'offres, négociation, rédaction, arbitrage international, mais également pour des juristes des *lawfirms* notamment les *lawfirms* africaines qui montent en puissance, à l'instar des *lawfirms* asiatiques. De plus, cette aide à la décision peut contribuer à élaborer pour ces différents acteurs des outils méthodologiques d'aide à la négociation, la rédaction, l'exécution des contrats extractifs, en adoptant une approche praxéologique désormais commune aux sciences sociales et aux praticiens de l'industrie extractive<sup>99</sup>.

---

99. Lhuilier G., « La rédaction des contrats extractifs », *International Business Law Journal*, 2015.

Au-delà de l'étude particulière de deux contrats extractifs internationaux, l'étude du contentieux extractif Chevron – notamment – et de ses conséquences illustre le droit positif actuel qui, du fait de la grande liberté donnée aux parties, est, en partie, à l'origine des tentatives des États d'encadrer certains choix, notamment à travers le projet d'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme.

Dans une première partie, nous démontreront dans quelles mesures et de quelles manières, les droits internationaux et nationaux donnent aux parties la possibilité de faire de nombreux choix dans les contrats et le contentieux internationaux, pouvant s'avérer utiles pour les sociétés transnationales dans leurs décisions stratégiques. L'analyse du droit positif montre, en effet, que les parties utilisent de nombreuses techniques de droit dans leurs stratégies juridiques.

La seconde partie sera consacrée, par la suite, à l'étude des différents procédés mis en œuvre par les ordres juridiques afin d'encadrer les choix des sociétés transnationales et tenter d'imposer des règles minimales.

Cette hypothèse permet de comprendre le droit positif. Les deux grands mouvements du droit positif illustrent, en effet, la liberté de plus en plus grande laissée aux parties de choisir la loi, face aux tentatives de réaction des États de limiter ce choix.

## Première partie

### L'identification des pratiques de choix de la loi par les parties

Les parties à contrat international doivent faire de nombreux choix lors de la conclusion mais également lors de l'exécution de leur engagement contractuel. Le droit national et international, ainsi que la pratique des acteurs du commerce international sont à l'origine de ces différentes possibilités de choix. L'étude de deux contrats extractifs internationaux présentant des caractéristiques semblables mais des choix différents lors de la conclusion et de l'exécution du contrat, ainsi que l'étude du contentieux Chevron permettent d'analyser et de comprendre - dans une certaine mesure - les choix à l'oeuvre dans les contrats internationaux.

Les choix différents lors des procédures de règlement du contentieux (Chapitre 1) sont ainsi logiquement suivis de choix d'ordre public différents lors de la procédure d'exequatur (Chapitre 2).

# Chapitre 1 -

## Les choix de la loi dans la procédure

L'étude de deux contrats extractifs internationaux - semblables a priori - et d'un cas particulier de contentieux extractif permettent d'analyser les pratiques suivies dans le cadre d'un litige concernant un contrat extractif international. Le contentieux Texaco est un cas exemplaire, significatif des choix de règle de droit possibles lors d'un contentieux transnational (Section 1). Ces différents cas illustrent parfaitement les techniques juridiques mises en oeuvre par le droit afin de choisir la loi applicable au contrat (Section 2).

### SECTION 1 - La pratique contentieuse

Les parties au contrat extractif international peuvent faire des choix lors de la procédure contentieuse (Section 1) mais également dès la conclusion de ce contrat (Section 2).

#### A. Le contentieux Texaco

En 1962, Texaco Inc., première société pétrolière américaine, conclut un contrat d'exploitation - en participation avec Petroecuador (société équatorienne d'État) et Gulf Oil - pour la région Oriente (zone amazonienne à l'est du pays). Texaco Petroleum (Tex-Pet), sa filiale, est implantée sur place aux termes de l'accord, et chargée de manière quasi-exclusive de l'activité d'exploration. Durant les années d'exploitation de cette zone pétrolière, les résidus pétroliers issus du forage auraient été systématiquement stockés dans des bassins non isolés des terres environnantes. Ainsi, plus de 800 puits et piscines de stockage ont été aménagés sur 400 000 hectares. Les victimes de ces déchets toxiques

liés à l'exploitation font état du déversement dans les fleuves de dizaines de milliards de litres de ces résidus, ainsi que de plus de 650 millions de barils de pétrole cru (issu du pompage initial des sites, destiné à en mesurer la qualité). Le gaz sorti des puits aurait également été brûlé à proximité d'habitations, polluant l'air et contaminant l'eau de pluie – eau recueillie par les populations pour la cuisine et l'hygiène.

Texaco est ainsi aujourd'hui accusée de n'avoir produit aucune information sur les risques encourus de son activité, et de ne pas avoir purifié la majorité des sites à l'arrêt des exploitations en 1992. Les victimes allèguent un traitement purement cosmétique d'une centaine de bassins, comblés de débris de bois, de terre ou de ciment. Elles accusent également la société d'avoir délibérément maintenu un système d'exploitation qu'elle savait constituer un risque environnemental, alors même que d'autres technologies étaient disponibles (et notoirement mises en œuvre aux États-Unis). La compagnie, quant à elle, prétend avoir correctement nettoyé les zones d'exploitation dont elle avait la charge, et s'appuie, à titre de preuve, sur un document officiel de l'État équatorien produit en 1998, reconnaissant et approuvant les actions de Texaco en ce sens, et dégageant la société de toute responsabilité future.

Des voix équatoriennes s'élèvent néanmoins contre TexPet et Texaco après le départ des sociétés dans les années 1990. Une première action est ainsi engagée par des équatoriens au Texas, alors qu'un groupe de citoyens péruviens, vivant en aval des zones contaminées, entame une procédure similaire dans le district sud de New York en décembre 1994<sup>100</sup>. Les deux plaintes alléguaient qu'entre 1964 et 1992, les activités pétrolières de Texaco avaient pollué les forêts tropicales et les rivières de l'Équateur et du Pérou, et que les activités de Texaco en Équateur étaient « conçues, contrôlées, conçues et dirigées ... par le biais de ses opérations aux États-Unis ». Texaco, Inc., défendeur dans ces deux affaires, est une société pétrolière basée aux États-Unis, dont le siège était à l'époque des faits, à New York<sup>101</sup>.

La première plainte contre Texaco Inc. fut déposée en avril 1994 devant la Cour de District de New York par des résidents de la région d'Orient en Équateur - principalement des membres de tribus indigènes – (ci-après Aguinda) et des résidents du Pérou, qui vivent en aval de la région équatorienne d'Orient (ci-après Ashanga). Les deux plaintes visaient à obtenir des dommages et intérêts en vertu notamment des théories de la négligence, des

---

100. Voir *Jota v. Texaco, Inc.*, Dkt. No. 94 Civ. 9266.

101. Elle a par la suite fusionné avec Chevron Corporation en 2001.

nuisances publiques, des nuisances privées, de la responsabilité objective, et des violations passibles de poursuites en vertu de l'Alien Tort Claims Act, 28 U.S.C. § 1350 (A.T.C.A.). La procédure contentieuse est ainsi conduite devant les juridictions américaines, alors que les faits ont été commis en Equateur. Bien qu'en principe, lorsqu'une société multinationale viole les droits de l'homme, l'Etat ayant sous sa juridiction les victimes des violations aura l'obligation de la sanctionner et d'ordonner une réparation. En pratique, une société multinationale sera sanctionnée pour les graves atteintes à l'environnement, la violation des normes sociales les plus fondamentales ou la violation des droits de l'homme en général lorsqu'elles sont commises sur le territoire de l'Etat du siège ou à l'égard de personnes relevant de la juridiction de l'Etat du siège. Toutefois, lorsqu'elles exercent leurs activités commerciales sur le territoire d'un Etat faible ou autoritaire, les sociétés multinationales bénéficient généralement d'une impunité de fait pour les violations des droits de l'homme qu'elles commettent ou dont elles se rendent complices<sup>102</sup>. Cette impunité de fait résulte, d'une part, du principe de la territorialité du droit pénal qui exclut juridiquement la compétence de l'Etat du siège pour condamner ce type de fait, d'autre part, l'Etat d'accueil – c'est-à-dire l'Etat sur le territoire duquel se déroulent les activités commerciales dans le cadre desquelles les violations ont été commises – ne pourra pas ou ne voudra pas sanctionner ces violations s'il est faible ou autoritaire. C'est la raison pour laquelle les plaignants ont engagé des procédures à l'encontre de Texaco Inc. devant les juridictions américaines et non de l'Etat sur lequel ont été commis les dommages, l'Equateur. Les requérants justifient le choix de la justice américaine par le fait que ces activités étaient définies, dirigées et contrôlées depuis les Etats-Unis.

Les actions de groupe furent déclarées irrecevables par la Cour de district de New-York au motif principal de *forum non conveniens*<sup>103</sup> – règle de droit permettant au juge de se dessaisir s'il estime qu'une action à vocation à être traitée à l'étranger.

Adoptée par les États-Unis à la fin du vingtième siècle, la théorie du *forum non conveniens* correspond au « pouvoir discrétionnaire conféré au juge de refuser de trancher une affaire qui lui est soumise si, au vu des circonstances de l'espèce, il estime qu'il est mal placé pour

---

102. Voir par exemple, les réflexions contenues dans : Deschutter O. (Dir), *Transnational Corporations and Human Rights, Studies in International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006 ; Ratner S., « Corporations and Human Rights : A Theory of Legal Responsibility », in *Yale Law Journal*, Décembre 2001, 111, pp. 452 et s. ; Delmas-Marty M., « Commerce mondial et protection des droits de l'homme », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Bruylant, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, Bruxelles, 2001, pp. 1 et s. ; Kamminga M. T. et Zia-Zarifi S., *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, Kluwer Law International, La Haye, Boston, 2000.

103. *Aguinda v. Texaco Inc.*, (S.D.N.Y. 1996) <https://casetext.com/case/aquinda-v-texaco-inc>

trancher le litige et qu'il existe à l'étranger un autre juge dont la compétence apparaît plus opportune ». L'exception de *forum non conveniens* n'est admise qu'au terme d'une balance des intérêts, privés et publics, en présence. Saisi d'une exception de *forum non conveniens*, le juge évalue ainsi l'intérêt privé des plaideurs en prenant en considération divers éléments tels que la facilité d'accès et d'administration des preuves, le coût de la participation au procès des témoins, les difficultés relatives à l'exécution du jugement éventuel qui sera obtenu, la situation du défendeur, notamment le caractère vexatoire de l'action intentée à son encontre par le demandeur - le contraignant à se rendre devant un tribunal éloigné de son lieu de résidence - et l'ensemble des moyens pratiques susceptibles de rendre le jugement d'une affaire facile, expéditif et peu onéreux. Parallèlement, le tribunal procède à une évaluation des facteurs d'intérêt public qui concernent précisément les inconvénients qu'imposerait au tribunal saisi la connaissance du litige. Pour décliner l'exercice de sa compétence, le juge se réfère ainsi à l'encombrement du rôle des tribunaux et aux difficultés d'administration de la justice qui en résultent, au coût financier que représente pour les contribuables la tenue d'un procès sur le territoire américain alors que ce dernier ne présente aucun lien avec le litige ou encore à l'intérêt à ce que les contestations soient jugées dans le for où elles sont localisées. La dernière étape de la démarche du juge consiste à identifier un for étranger plus approprié, qui possède également compétence pour statuer sur le litige en cause et qui est à la disposition des parties. En l'occurrence, la Cour de district de New-York a estimé que la localisation des preuves, la résidence habituelle des témoins et l'indépendance relative dont bénéficiaient les filiales supportent l'idée d'une plus grande opportunité d'une procédure en Équateur. Dans ce jugement, il est également reproché à l'Équateur de ne pas avoir pris part à la procédure en tant que demandeur.

Les victimes des agissements de Texaco Inc. font ainsi appel de ce premier jugement aux côtés de l'Équateur qui décide finalement de se joindre à la procédure. La cour d'appel du second circuit infirme la décision de première instance, au motif de l'absence de consentement exprès de Chevron à comparaître en Équateur<sup>104</sup>. Le jugement de rejet de l'action de groupe est par la suite confirmé en 2001 par la Cour d'appel du second circuit, en précisant que Chevron s'engage à accepter de comparaître devant des cours équatoriennes<sup>105</sup>. La société *Texaco Inc.* a ainsi consenti à la compétence personnelle en Équateur pour les

---

104. *Jota v. Texaco Inc.*, 157 F.3d 153 (2nd Cir. 1998), <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1281761.html>.

105. *Aguinda v. Texaco Inc.*, 142 F. Supp. 2d 534 (S.D.N.Y. 2001) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/142/534/2346987/>.

demandeurs de Aquinda et au Pérou ou en Équateur pour les demandeurs de Jota, tout en renouvelant sa requête en rejet pour cause de *forum non conveniens*.

Le tribunal de district a ainsi réexaminé sa décision et accepté les requêtes de Texaco visant à faire rejeter les plaintes relatives à Aquinda et Jota. Il a jugé que Texaco avait démontré la disponibilité d'un forum alternatif adéquat et que la présomption généralement forte en faveur du forum choisi par les plaignants était surmontée par un équilibre entre l'intérêt privé et public pertinent. Le tribunal a, par ailleurs, rejeté chacune des objections des plaignants concernant l'adéquation d'un forum équatorien. Les plaignants contestaient en effet l'adéquation de l'Équateur en tant que for sur le fondement de la loi 55 équatorienne, selon laquelle les plaignants priveraient les tribunaux équatoriens d'une compétence concurrente à l'égard des poursuites intentées d'abord devant un for étranger. Ils affirment ainsi que l'Équateur n'offre pas de forum alternatif du fait que la loi 55 les empêche de poursuivre devant les tribunaux équatoriens. La loi 55 dispose que « si le procès devait être intenté hors du territoire équatorien, cela mettrait définitivement fin à la compétence nationale ainsi qu'à toute juridiction des juges équatoriens en la matière ». Les demandeurs font ainsi valoir que la loi 55 prive les tribunaux équatoriens de la compétence pour se déclarer compétente, les deux actions ayant été intentées en premier lieu aux États-Unis<sup>106</sup>, un for étranger. La cour précise également que « [t]hese cases have everything to do with Ecuador and nothing to do with the United States »<sup>107</sup>. Les plaignants ont formulé un autre argument selon lequel les intérêts du public devraient être réévalués à la lumière de la plainte qu'ils ont formulée en vertu de la loi relative à la responsabilité délictuelle des étrangers<sup>108</sup>. Cet argument n'a pas convaincu le tribunal qui concluait ainsi : « 1) la doctrine conventionnelle du *forum non conveniens* "s'applique de manière non diminuée" aux revendications de l'A.T.C.A.<sup>109</sup> [...] ; 3) les États-Unis n'ont aucun intérêt public particulier à accueillir une action en droit international contre une entité américaine pouvant être poursuivie de manière adéquate à l'endroit où la violation a effectivement eu lieu ; et 4) l'A.T.C.A. n'oblige pas à fournir un forum américain s'il existe un forum étranger adéquat et plus pratique. »<sup>110</sup>. La cour appuie, par ailleurs, sa décision sur de nombreux exemples de jugements contre TexPet et PetroEcuador pour des réclamations découlant des mêmes

---

106. Brand R. A., Jablonski S. R., *Forum Non Conveniens : History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford University Press, 2007, 358 p.

107. *Aguinda v. Texaco Inc.*, 303 F.3d 470, 473 (2nd Cir. 2002), <https://casetext.com/case/aguinda-v-texaco-inc-4>.

108. L'*Alien Tort Claims Act* (A.T.C.A.), est une loi américaine, à l'origine une disposition du *Judiciary Act* de 1789.

109. *Wiwa c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88, 104-06 (2nd Cir. 2000).

110. *Aguinda v. Texaco Inc.*, *op.cit.*, note 107.

faits allégués, et que, par ailleurs, d'autres tribunaux américains ont également jugé que l'Équateur constituait un forum approprié pour l'organisation de poursuites en responsabilité délictuelle<sup>111</sup>. Enfin, la dernière objection des demandeurs porte sur le fait que les tribunaux équatoriens ne reconnaissent pas les recours collectifs. Toutefois, l'Équateur permet aux parties ayant des causes d'action similaires, découlant des mêmes faits, de se réunir en une seule action. Ainsi, selon la cour, bien que la nécessité pour des milliers de demandeurs individuels d'autoriser l'action en leur nom soit plus lourde que de les faire représenter par un représentant dans un recours collectif, elle n'est pas assez lourde pour priver les demandeurs d'une instance alternative efficace<sup>112</sup>.

Le jugement du tribunal d'instance rejetant la plainte pour *forum non conveniens* est ainsi confirmé par la cour du second district sud de New-York.

Le refus de l'examen de ce contentieux aux États-Unis en vertu de la procédure pour *forum non conveniens* illustre une première limite aux choix des parties dans leur procédure contentieuse. Les plaignants ayant fait le choix de soumettre leur affaire devant les tribunaux américains en application du principe de territorialité de la loi. La société Texaco, était, en effet, à l'époque des faits dirigée et contrôlée depuis les États-Unis.

Suite aux échecs des procédures devant les tribunaux américains, les plaignants poursuivent leur démarche devant les tribunaux équatoriens, comme le suggéraient les juges américains. Une vingtaine d'organisations populaires et de militants se réunissent pour créer l'*Union des victimes des opérations de Texaco* (Updat), aujourd'hui dirigée par l'indien secoya Humberto Piaguaje. L'Updat<sup>113</sup> engage ainsi en 2003 une action de groupe devant la Cour provinciale de Sucumbios en Equateur. La société Chevron argue pour sa défense de son irresponsabilité pour les dommages causés qui relèvent, selon eux, de la filiale Chevron Texaco Texpet qui avait exploité les terres endommagées. Suite aux investigations judiciaires qui ont lieu sur les sites contaminés de 2004 à 2010, la société Chevron – ayant racheté Texaco en 2001 – est condamnée le 14 février 2011 au paiement de 9,5 milliards de dollars US correspondant au montant des réparations, assorti d'une sanc-

---

111. Voir, par exemple, *Delgado v. Shell Oil Co.*, 890 F.Supp. 1324, 1359-60 (S.D.Tex. 1995); *Ciba-Geigy Ltd. c. Fish Peddler, Inc.*, 691 So.2d 1111, 1117 (Fla.Dist.Ct.App. 1997).

112. Voir *Blanco v. Banco Industrial de Venezuela, S.A.*, 997 F.2d 974, 982 (2nd Cir. 1993) : “[T]he unavailability of beneficial litigation procedures similar to those available in the federal district courts does not render an alternative forum inadequate.”

113. L'Union des victimes des opérations de Texaco est la réunion d'une vingtaine d'organisations populaires et de militants, aujourd'hui dirigée par l'indien secoya Humberto Piaguaje.

tion punitive l'obligeant à présenter des excuses publiques aux victimes de pollution <sup>114</sup>. Suite à l'appel de la société Chevron de la décision du tribunal équatorien, la sanction est confirmée en 2012 par la Cour nationale de l'Équateur, et revue à 19 milliards de dollars US <sup>115</sup>. Devant l'inexécution de Chevron et après plusieurs recours afin de faire appliquer le jugement au Canada et au Brésil – pays dans lequel la société possède des actifs - la Cour suprême de l'Équateur confirme la décision condamnant la société Chevron pour les dommages environnementaux causés par elle, mais réduit le montant des réparations à 9,51 milliards de dollars US. <sup>116</sup>

Le contentieux Chevron met en lumière les choix de la loi possibles dans la procédure contentieuse. L'étude approfondie de deux contrats extractifs internationaux permet également de démontrer les pratiques de choix à l'œuvre dans ces contrats.

## **B. Deux contrats extractifs internationaux au contenu différent**

L'étude des deux contrats extractifs internationaux présentés souligne les choix différents opérés malgré des inputs comparables. Le premier contrat est le contrat minier dit « du siècle » signé le 28 avril 2008 entre la République démocratique du Congo (R.D.C.) et un consortium d'investisseurs privés chinois qui a pour objet l'exploitation d'une des plus importantes mines au monde. Ce contrat est un contrat extractif, de cuivre notamment, dont les bénéficiaires vont financer directement la construction d'infrastructures publiques pour les populations de R.D.C. (Routes, chemin de fer, hôpitaux, etc.). Les signataires du contrat minier sont d'une part l'État de R.D.C., et la Gécamine, la société nationale, et d'autre part un consortium chinois dont deux sociétés incorporées en Chine populaire, mais aussi trois sociétés filiales incorporées à Hong Kong. Les parties au contrat minier ont décidé de créer une *joint-venture* avec création d'une personne morale, une société de droit congolais car incorporé en R.D.C. La Sino-Congolaise des Mines ('Sicomines') a été créée par un contrat de *joint-venture* signé le même jour que la Convention de Collaboration (22 avril 2008). Ce contrat est exemplaire des pratiques actuelles. La communauté extractive

---

114. Corte Provincial de Justicia Sucumbios. Juicio No. 2003-0002. 14 de febrero del 2011, <http://chevrontoxico.com/assets/docs/2011-02-14-judgment-Aguinda-v-ChevronTexaco.pdf>

115. Corte Provincial de Justicia de Sucumbios. Juicio No. 2011-0106. 3 de enero del 2012, <http://chevrontoxico.com/assets/docs/2012-01-03-appeal-decision-english.pdf>.

116. Cour nationale de justice le 13 novembre 2013, dans le procès 174-2012.

fait référence à ce contrat comme le contrat « du siècle »<sup>117</sup>.

Le deuxième contrat étudié est un contrat pétrolier signé en 2010 entre, d'une part, deux sociétés incorporées aux Îles vierges britanniques (les *British Virgin Island* (B.V.I.) – le consortium *Caprikat-Foxwhelp* – et, d'autre part, la République Démocratique du Congo (R.D.C.), pour l'exploitation du Bloc 1 sur la rive du lac Albert situé en R.D.C. Le constituant de ces deux sociétés serait un trust incorporé lui aussi aux B.V.I., constitué lui-même par une société holding minière incorporée en Afrique du Sud, et dont le capital est majoritairement détenu par Khulubuse Clive Zuma, le neveu du président d'Afrique du Sud. Une étude de l'enquête menée en 2011 par le *All Party African Great Lakes Group* met, par ailleurs, en évidence que ce contrat *Caprikat* et *Foxwhelp* – R.D.C. est exemplaire d'une pratique identique de près de 45 contrats extractifs en R.D.C. Les rédacteurs de ces deux contrats s'inspirent de modèles communs aux contrats internationaux pour rédiger leurs contrats. Ces contrats contiennent de ce fait des clauses types (des boilers plates) concernant les Parties, les Méthodes comptables, le Recouvrement des coûts, les Impôts ou l'indemnisation, l'Environnement, le Programme de travail, la Résiliation du contrat, etc. Les contrats présentent également des clauses de local content empruntées aux contrats offsets qui prévoient, par exemple, la formation des salariés locaux par la société transnationale. Théoriquement, les deux contrats devraient s'inscrire dans des logiques économiques et juridiques proches et recourir à l'utilisation des mêmes techniques, compte tenu des objectifs stratégiques équivalents, la proximité du contexte, des acteurs et des contraintes semblables.

Les contrats extractifs peuvent utiliser des typologies de contrat différentes : contrats de concession, *joint-ventures*, contrat de partage de production, contrats de service... Les deux contrats extractifs étudiés sont, ici, des contrats de partage de production, signés durant la même période (recherche de soutiens autres que le FMI). Ce type de contrat pétrolier, ou *Productions Sharing Agreement* (P.S.A.), est imposé depuis les années 1960 par les pays en voie de développement aux sociétés internationales pétrolières pour lutter contre des échanges économiques trop inégaux hérités de la colonisation, entre les sociétés transnationales occidentales et les anciennes colonies, et sortir du néocolonialisme. Le contrat de partage de production est ainsi le type de contrat utilisé par 80% des contrats pétroliers actuels. Ce modèle est diffusé par une communauté de praticiens extractifs.

---

117. Jansson J., « Views from the 'periphery'. The manifold reflections of China's rise in the DR Congo », in X. Li and S.F. Christensen (éd.), *The rise of China. The impact on semi-periphery and periphery countries*, Aalborg University Press, 2012, pp. 173-203.

Les P.S.A. sont, en effet, un arrangement ingénieux qui évite de céder le pétrole aux compagnies transnationales qui obtiennent une concession. Dans un simple contrat de concession, les compagnies étrangères ont des droits sur le pétrole souterrain et compensent les États hôtes par des redevances et des impôts pour l'appropriation de leurs ressources, les profits étant seulement attribués à la société pétrolière transnationale. Contrairement à ces contrats, dans un PSA, le pétrole reste la propriété de l'État, tandis que les compagnies étrangères sont compensées pour leur investissement dans l'infrastructure de production et pour les risques encourus par un pourcentage dans la vente de ce pétrole extrait par une *joint-venture* constituée par l'État et cette société pétrolière étrangère. Dans ce type de contrat, la production est partagée, les profits aussi. Les bénéfices pétroliers sont ainsi répartis entre l'État, propriétaire du sous-sol, et les compagnies pétrolières transnationales occidentales, qui exploitent les champs de pétrole. L'État apporte le droit minier, le droit d'exploiter le pétrole. La société pétrolière privée va apporter l'investissement, en général la totalité du capital nécessaire à l'exploitation pétrolière.

De plus, ces contrats ont recours au même montage juridique. Les sociétés signataires ont ainsi fait le choix de la création d'une *joint-venture*<sup>118</sup> comme montage juridique pour l'exploitation des ressources.

En outre, dans les deux contrats, les sociétés impliquées sont des sociétés de pays en voie de développement (Chine et Afrique du Sud). La tradition extractive est de conclure ce type de contrat avec des sociétés américaines, nord-américaines ou européennes. Or, dans ces deux contrats, l'investisseur est issu de pays en voie de développement à forte croissance. Les orientations stratégiques et politiques sont donc proches et consistent à sortir de l'influence du FMI, des banques américaines et des pays occidentaux.

L'hypothèse de rationalité néo-classique de l'économie du contrat est un concept d'équilibre économique du contrat. Cet équilibre résulte de la détermination des revenus respectifs de chaque partie calculés par l'application des dispositions du contrat et de la législation. Tout contrat extractif doit permettre de déterminer, sans ambiguïté, dans une situation donnée, les revenus respectifs de chaque partie et les risques qu'elles prennent. Des études, dites de faisabilité, sont ainsi réalisées par les parties, afin de déterminer les obligations des parties. Les contrats étant des investissements, il s'agit de déterminer si le taux de rentabilité espéré justifie cet investissement.

---

118. La *joint-venture* est un moyen de coopération entre deux sociétés qui restent juridiquement et financièrement indépendantes. Le dictionnaire Larousse définit ainsi la *joint-venture* comme une filiale commune entre deux ou plusieurs sociétés dans le cadre d'une coopération économique internationale.

Toutefois, l'application de ce critère qui pourrait permettre de faire un choix entre les différentes techniques juridiques de choix de la loi ne semble pas pouvoir justifier les choix effectivement faits dans les deux contrats extractifs. Le concept d'économie du contrat impliquant des études de faisabilité ne peut pas, en effet, expliquer précisément le choix effectué dans le contrat minier sino R.D.C. Ce dernier précise que « les études de pré-faisabilité et de faisabilité doivent démontrer que le Projet Minier permettra de dégager un taux interne de rentabilité d'au moins 19% au profit du Groupement de sociétés chinoises » (article 6.3). Ainsi, le gouvernement de R.D.C. décide que le contrat pétrolier sera un contrat de partage de production classique. Mais il décide que le contrat minier sera un contrat de partage de production doublé d'un contrat de compensation. Le « retour sur investissement » de la R.D.C. sera donc affecté par la décision que ses « profits » seront affectés à la réalisation de travaux d'infrastructures réalisées par le consortium chinois, selon un nouveau calcul de « retours sur investissement ».

Par ailleurs, le choix de la loi applicable au contrat à travers une clause de choix de la loi n'a pas les mêmes effets dans les deux contrats étudiés. Les deux contrats ont, en effet, désigné le droit de la R.D.C. comme droit applicable au contrat. Toutefois, dans le cas du contrat minier la loi choisie par le contrat est considérablement écartée par le droit international. En effet, les parties ont désigné l'arbitrage CIRDI comme mode de règlement des conflits liés au contrat. Or, ce type d'arbitrage applique les principes du droit international, au détriment du droit désigné par le contrat. Le droit de R.D.C. sera donc en grande partie inappliqué. A l'inverse, la *joint-venture* créée entre le gouvernement de R.D.C. et le consortium *Caprikat-Foxwhelp* a désigné la loi de R.D.C. Le droit congolais aura donc vocation à s'appliquer.

Enfin, le choix du juge compétent - étatique ou arbitral - pour trancher un litige peut être le fait d'une clause contractuelle. Dans un contrat international, une clause du contrat peut décider que le litige sera soumis soit à un juge étatique, soit à l'arbitrage d'investissement CIRDI institué par la Convention de Washington, soit à l'arbitrage commercial international institué par la Convention de New York. Dans les deux contrats étudiés les clauses renvoient ainsi à l'arbitrage et non pas au juge étatique.

Les deux contrats présentent un choix différent concernant le juge compétent en cas de litige lié à l'exécution du contrat. Les techniques d'arbitrage choisies ne sont, ainsi, pas identiques. Le contrat minier a recours à un arbitrage d'investissement administré par

le CIRDI (article 21 du contrat). Ce système d'arbitrage, créée par la Convention de Washington de 1965<sup>119</sup>, est ainsi localisé à Washington. Le contrat pétrolier s'en remet, pour sa part, à un tribunal arbitral commercial international sur le fondement de la Convention de New York de 1958<sup>120</sup>. Le choix de la localisation de cet arbitrage, réalisé dans le contrat pétrolier, est la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.) de Paris (article 30 du contrat).

Par conséquent, l'hypothèse de rationalité permettant le choix de la loi applicable dans les contrats ne justifie pas le choix du mode d'arbitrage de ces contrats. Le choix de l'incorporation aux Îles Vierges Britanniques a manifestement pour but d'échapper au contrôle de l'État, voire de favoriser une corruption internationale, et un appauvrissement de la collectivité nationale. Au contraire, l'incorporation en R.D.C. du contrat minier, qui a pour objet de localiser le contrat dans le pays hôte, ainsi que le choix d'un arbitrage d'investissement qui publie les sentences arbitrales manifestent un comportement opposé, pouvant être qualifié d'altruiste.

Le tableau 1 -1 présente les choix différents de ces deux contrats, alors même que les techniques utilisées sont identiques.

	<b>Cas 1</b>	<b>Cas 2</b>
<b>Inputs comparables</b>	Type de contrat de partage de production Montage corporate Clause de choix de la loi R.D.C. Arbitrage	Type de contrat de partage de production Montage corporate Clause de choix de la loi R.D.C. Arbitrage
<b>Choix différents</b>	Contrat de partage de production accompagné d'un contrat offset Joint-venture avec création d'une personne morale nouvelle Loi R.D.C considérablement	Contrat de partage de production uniquement Joint-venture sans création d'une personne morale Loi R.D.C. applicable Arbitrage commercial CCI de Paris sur le fondement de la Convention de New-York

Tableau 1 -1 – Choix différents dans les deux contrats

En outre, les choix des acteurs ne peuvent se comprendre que dans un contexte social qui encadre ceux-ci, des représentations des acteurs. La rédaction d'un contrat extractif

119. Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 mars 1965.

120. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de New York, 1958.

résulte ainsi de la singularité de la négociation en matière extractive. Le plus souvent, ce sont les États qui fournissent un contrat type comme base de la négociation que les sociétés pétrolières ne peuvent que tenter de modifier clauses par clauses, en tentant de justifier leurs demandes. Soit que ce contrat pétrolier type ait été rédigé par le gouvernement, soit que le gouvernement emprunte celui d'un autre État, qui n'a pas de contrat type national. C'est cette dernière raison qui a été la motivation en R.D.C. Une cinquantaine d'États ont ainsi rédigé de tels contrats types pétroliers, en se copiant les uns les autres. Ainsi, ces contrats types sont, par exemple, presque exclusivement des P.S.A., devenus un standard des contrats pétroliers. C'est le type de contrat qui se retrouve dans nos deux cas. Une autre pratique consiste à utiliser les « contrats tombés du camion », c'est-à-dire des contrats déjà signés avec d'autres compagnies, et réutilisées. Cette pratique est répandue dans les grands cabinets d'avocats dans lesquels ces derniers partagent entre eux leurs banques d'actes personnels. L'ensemble des archives du cabinet est partagé, consultable et utilisable par chacun des avocats du cabinet. Les rédacteurs de ces contrats sont, en effet, des *lawyers* qui utilisent les contrats qu'ils ont déjà rédigés pour en rédiger de nouveaux. Les pratiques de la communauté extractive influencent ainsi les choix effectués dans les contrats.

Au-delà de l'hypothèse de rationalité, d'autres explications semblent pouvoir être apportées. La campagne présidentielle en 2006, ainsi que les élections législatives de la même année, ont été animées par le thème développé par le Parti du Peuple pour la Reconstruction et la Démocratie (P.P.R.D.) du président Kabila sur « les Cinq Chantiers ». La question de développement des infrastructures - santé, route, enseignement - est alors devenue un thème central dans la politique du gouvernement. C'est donc le gouvernement de R.D.C. qui a proposé à la délégation chinoise venue négocier un traditionnel accord minier d'y inclure un volet investissement et infrastructure, sur le modèle de l'« *Angola model* »<sup>121</sup>. Le mécanisme de ce contrat consiste en un échange de ressources naturelles contre la construction d'infrastructures nationales au moyen de deux contrats : un contrat d'infrastructure et un contrat minier liés par une clause de conditionnalité, mais aussi par une logique économique. La Chine a ainsi accès à des concessions minières et, en échange, réalise des projets de BTP. Le choix pour le type de contrat, dans le premier cas, peut ainsi être expliqué par le contexte et les interactions des acteurs au moment de sa signature.

---

121. Foster V., Butterfield W., Chen C., Pushak N., *Building Bridges : China 's Growing Role as Infrastructure Financier for Sub-Saharan Africa*, Trends and policy options [en ligne], 2008, N° 5. Washington, DC : World Bank, 143 p., [consulté le 20 novembre 2018]. Disponible à l'adresse URL : <http://documents.worldbank.org/curated/en/936991468023953753/Building-bridges-Chinas-growing-role-as-infrastructure-financier-for-Sub-Saharan-Africa2008>.

Un autre exemple de l'importance de l'expérimentation et des interactions entre acteurs concerne le choix de la loi. Dans chacun de ces contrats la loi est seulement un élément qui résulte de la négociation entre les parties et chaque contrat peut désigner une loi différente, voire différentes lois. Ainsi, lors de la négociation du contrat du siècle, les chinois souhaitaient que la loi chinoise s'applique, les congolais que la loi congolaise s'applique. Mais la loi anglaise, américaine ou française aurait pu être choisie. Pour pallier le désaccord, l'avocat chinois, principal rédacteur du contrat, et qui voulait à tout prix que le contrat soit signé, a exploité des ambiguïtés permettant à chaque partie de penser que sa loi nationale était applicable. Il a ainsi rédigé la clause de choix de la loi à l'article 21 du contrat de coopération d'une façon telle que chaque partie pensait que sa loi s'appliquait. Les chinois pensaient que le contrat avait pour loi la loi chinoise (« l'acte » au sens d'*instrumentum*, ayant été signé à Pékin). Les congolais pensaient, à l'inverse, que le contrat avait pour loi la loi congolaise car le contrat s'exécutait en R.D.C (« l'acte » au sens de *negocium*). En réalité, le critère utilisé était volontairement inapplicable, et la clause renvoie donc aux règles du commerce international et notamment au droit de l'investissement. Or, ce dernier prévoit qu'en l'absence de choix clair prévu par les parties, c'est la loi du pays hôte qui s'applique, donc la loi congolaise. Les interactions entre les acteurs de ce contrat sont donc directement à l'origine du choix de la loi présent dans le contrat pétrolier. Cette analyse montre ainsi que « choisir » la loi par un traditionnel choix de la loi revient plutôt à effectuer un *law shopping*<sup>122</sup>. Le *law shopping* aurait alors pour synonyme français le « magasin de la loi », ou le « marché de la loi »<sup>123</sup>.

L'idée de choix de règle de droit semble a priori antinomique. Les sujets de droit étant assujettis au droit d'un État, ils ne disposent pas, semble-t-il, de cette faculté de choix. Cependant, en droit international, au cœur de l'espace des contrats extractifs ce rapport entre les sujets de droit et le droit est repensé. De nombreuses techniques juridiques permettent de choisir le droit ou la règle applicable à un contrat international. Cette thèse vise ainsi à retracer ces transformations.

---

122. O'Hara E. A., Ribstein L. E., *The Law Market*, Oxford University Press, 2009.

123. Muir Watt H., « La fonction économique du droit international privé », *Revue internationale de droit économique*, Vol. t. XXIV, 1, N° 1, 2010, pp. 103-121.

## SECTION 2 - La technique juridique

Les règles de droit interne et de droit international permettent aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat (A) mais également le droit applicable à leur contentieux (B). La situation du choix des tiers mérite également d'être envisagée (C).

### A. Le law shopping

En droit des obligations tout d'abord, différents choix s'offrent aux parties. Selon le principe de l'autonomie de la volonté, elles peuvent en effet, par exemple, choisir la forme du contrat qui leurs convient ainsi que le cocontractant<sup>124</sup>. Le choix des clauses applicables au contrat est également libre, dans le respect de l'ordre public, des bonnes mœurs et des clauses abusives.

En droit international privé, les parties au contrat doivent également procéder à différents choix. Le contrat international n'est, en effet, pas apte à lui seul à donner l'entière solution du litige. Le contrat doit être soumis à un système de référence, à un droit qui lui est applicable. Mais comment déterminer la loi applicable à un contrat international ? Quel est l'ordre juridique qui confère au contrat sa force obligatoire et définit son régime ?

Dans un contrat international, le recours aux règles de conflit de loi permet ainsi de déterminer la loi applicable au contrat. Il n'existe pas, en effet, de loi ou de réglementation internationale imposant une loi unique applicable aux contrats internationaux. Afin de déterminer le régime applicable à un contrat international il est, de ce fait, nécessaire de déterminer le droit applicable à celui-ci. Chaque Etat fixe des règles de conflits de loi qui servent à déterminer la loi applicable au problème. Ces règles proviennent du droit interne aux Etats, des conventions internationales, des usages observés ou encore des sentences arbitrales ou prononcées par des organisations internationales. Chaque Etat dispose ainsi d'un système de droit international privé dont les règles de conflit de loi peuvent varier. La méthode des conflits de loi permet ainsi de faire un tri entre les différents systèmes juridiques pouvant être compétent pour régir le contrat. Un rapport juridique international sollicite, en effet, par définition, plusieurs ordres juridiques qui peuvent être compétents. Le mécanisme de la règle de conflit permet de désigner le système juridique appelé à régir le rapport de droit.

---

124. C. civ., art. 1102.

Cette méthode des conflits de lois présente l'avantage de pouvoir rendre compétent un ordre juridique national dans son entier. Le système entier - l'ensemble des lois et la jurisprudence notamment - trouve ainsi à s'appliquer, et non seulement des dispositions isolées. Cependant, en matière de commerce international, le mécanisme de la règle de conflit opère un retour au droit interne par application des normes nationales de l'ordre juridique désigné. Or, la règle de droit interne n'est pas toujours adaptée à la spécificité du rapport de droit international. La méthode des règles matérielles permet ainsi de pallier les faiblesses de ce mécanisme. Les conventions internationales unifient de ce fait les règles substantielles applicables d'un pays à l'autre, selon les domaines, en proposant une réglementation matérielle uniforme, des règles propres au commerce international

Ces contrats doivent donc faire le choix de la loi qui leur est applicable et qui réglera la relation entre les parties, tout au long de son existence.

Le droit français a ainsi consacré le principe d'autonomie dans le célèbre arrêt *American Trading Company*<sup>125</sup> permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat : c'est la volonté des parties quant au choix de la loi qui s'impose. Cette possibilité de choix est aujourd'hui encadrée par le principe d'autonomie consacré par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, repris également dans le Règlement Rome I du 17 juin 2008. Ces deux textes disposent à l'article 3-1 que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Les parties sont ainsi libres de choisir la loi applicable au contrat parmi les différents droits nationaux existants à travers une clause de choix de la loi. Elles peuvent choisir de recourir à l'application d'un droit national, tel que le droit français ou le droit anglais, ou à la *lex mercatoria*. Elles sont ainsi totalement libres de choisir le droit applicable à leur contrat, que celui-ci présente ou non des liens objectifs avec le contrat. C'est un principe fondamental du droit des conflits de lois dans le cadre contractuel<sup>126</sup>. Le libre choix de la loi contractuelle est source de sécurité juridique pour les parties en garantissant la prévisibilité des règles applicables à leur relation contractuelle.. Ces deux éléments sont en effet nécessaires pour favoriser le développement du commerce international. La loi choisie par les parties est d'ailleurs souvent rigoureusement sélectionnée afin de désigner la loi convenant le mieux

---

125. Cass. civ., 5 décembre 1910, 1911. 1, p. 129, note Lyon-Caen Ch. ; *JDI* 1912, p. 1156, obs. Galibourg H. ; *Rev. crit. DIP* 1911, p. 395 ; *GAJFDIP* n° 11.

126. Le préambule du règlement européen, à son considérant n° 11 énonce d'ailleurs que la liberté des parties de choisir la loi applicable constitue l'une des « pierres angulaires » des conflits de lois en matière contractuelle.

à leur relation contractuelle<sup>127</sup>. C'est pour cette raison, que le principe d'autonomie a été accepté par la jurisprudence dans le célèbre arrêt *American Trading Company*<sup>128</sup>, sans être remis en cause par la suite sur le principe<sup>129</sup>.

A titre d'exemple, dans les contrats extractifs, cette clause de choix de la loi - tel l'exemple de l'article 27 du contrat pétrolier *British Virgin Island -Caprikat et Foxwhelp R.D.C.* qui dispose que « *l'interprétation et l'exécution de ce Contrat seront soumises au droit de la République Démocratique du Congo* »<sup>130</sup> – est souvent guidée par de nombreux codes miniers ou pétroliers qui obligent, comme c'est le cas en République Démocratique du Congo, à choisir la loi de l'État-hôte comme loi du contrat extractif.

Les deux contrats extractifs étudiés sont, par ailleurs, soumis aux mêmes types de choix et de techniques à disposition. La détermination de la loi, c'est-à-dire du droit national applicable au contrat international, se matérialise par une clause de choix de la loi. Par cette clause insérée dans le contrat, les parties déterminent les règles de droit, c'est-à-dire les règles de tel ou tel État, qui seront applicables à leurs relations. Dans les deux contrats étudiés cette clause désigne le droit de la R.D.C. comme droit applicable au contrat.

Les deux contrats étudiés sont donc des contrats de partage de production entre un consortium de sociétés de pays en voie de développement en forte croissance et la R.D.C, avec les mêmes enjeux stratégiques, politiques et géopolitique (réduire l'influence occidentale, rechercher de nouveaux alliés et relais de croissance). Ces sociétés utilisent le montage juridique de la *joint-venture* pour l'extraction des ressources minières et pétrolières. Ces deux contrats font également appel aux techniques de choix de la loi par une clause du contrat et par la détermination du juge compétent en cas de litige. Les deux contrats extractifs appliquent ainsi les mêmes techniques juridiques.

Le tableau 1 -.2 montre les inputs comparables de ces deux contrats en termes d'utilisation des techniques de choix de la loi.

---

127. Batiffol H., « La loi approprié au contrat », in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à B. Goldman, Paris, Litec, 1982, pp. 1 et s.

128. *op. cit.*, note 125.

129. Voir cependant Heuze V., *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, Paris, G.L.N. Joly, 1990, préf. Lagarde P.

130. Contrat DRC, Caprikat, Foxwhelp – Graben Albertine (Blocks I and II) – PSC - 2010.

<b>Techniques juridiques permettant de choisir la règle répondant aux critères de choix</b>	<b>Choix du type de contrat</b>	<b>Choix du montage juridique (technique d'incorporation)</b>	<b>Choix de la loi applicable</b>	<b>Choix du juge compétent (localisation dans une hiérarchie des normes)</b>
<b>Inputs comparables</b>	Contrat de partage de production	Montage corporate de <i>joint-venture</i> (incorporation de la société)	Loi R.D.C.	Arbitrage

Tableau 1 -.2 – Des contrats aux « inputs » comparables

Cependant, en dépit de ses ressemblances, l'étude des deux contrats extractifs indique que des choix différents ont été opérés au niveau de l'utilisation de ces techniques juridiques. La rédaction des contrats extractifs est une technique qui résulte de la pratique, le plus souvent provenant simplement de la pratique de tel ou tel secteur économique (comme le secteur pétrolier). Ainsi, certains contrats sont la combinaison de plusieurs types de contrats, au gré des objectifs et contraintes de l'État signataire. Dans le premier contrat, le gouvernement de R.D.C. propose la signature d'un contrat de partage de production mais avec la condition de la signature d'un second contrat de compensation financière. Ce dernier contraint la société extractive à investir dans des infrastructures publiques afin de faire profiter la population des profits de l'extraction. Ce contrat permet donc l'exploitation par un consortium de sociétés chinoises de matières premières dont les bénéficiaires financent la réalisation d'investissement dans le pays d'exploitation. Ces derniers sont réalisés par des sociétés chinoises via des contrats traditionnels d'investissements. Ces « Partenariats Public Privé » (les P.P.P.) sont ainsi des contrats entre États et sociétés transnationales maillant contrats d'investissement, coopération et exploitation commerciale, suivant non pas des pratiques d'aide au développement mais le principe commercial « gagnant-gagnant ». Le contrat minier est donc un contrat « angolais » ressources contre investissements, inspiré des contrats de partage de production, et donc des contrats pétroliers actuels dits P.S.A. Il s'agit d'un contrat de *joint-venture* extractif traditionnel mais aussi d'un contrat offset. A l'inverse, le deuxième contrat, le

contrat pétrolier, suit uniquement la tradition des contrats extractifs puisqu'il s'agit d'un simple contrat de *joint-venture* de partage de production. L'investissement dans des infrastructures publiques n'est pas, dans ce cas, imposé à la société qui investit.

Dans un de ses arrêts la Cour de cassation déclare également que « tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un État »<sup>131</sup>. La possibilité de choisir un droit non étatique n'est pas permise. L'autonomie de la volonté n'autorise pas en effet le contrat « sans loi ».

## 1. Le contrat sans loi

Le choix de la *lex mercatoria* comme loi du contrat ne semble ainsi pas envisageable dans ce cadre. Un droit non étatique équivaut ainsi à ne pas choisir de loi nationale. Le Règlement CE n° 593-2008 du 17 juin 2008 reprenant l'essentiel de la Convention de Rome ne permet pas ce choix. La Commission du 15 décembre 2005 avait pourtant évoqué la possibilité d'un choix des Principes Unidroit ou des Principes européens du droit des contrats. Le considérant 13 du Règlement indique seulement qu'il n'est pas interdit aux parties d'intégrer dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale. Toutefois, du fait des réglementations différentes des ordres juridiques nationaux, il est parfois difficile (juridiquement, politiquement ou pour l'économie même d'un contrat) pour les parties de choisir, ou aux juges et arbitres de désigner, la loi nationale applicable au contrat. La question a alors été posée de savoir si un contrat international peut être régi par les seuls usages du commerce international, à l'exclusion de toute loi nationale. C'est la question du « contrat sans loi », c'est-à-dire sans loi nationale.

En France, la Cour de cassation a jugé que, dans les litiges relevant de la compétence des tribunaux étatiques, « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État »<sup>132</sup>. Mais il a, en revanche, été jugé qu'un tribunal arbitral peut se référer aux seuls « principes généraux des obligations applicables dans le commerce international »<sup>133</sup> ou « appliquer l'ensemble des principes et usages du commerce dénommés *lex mercatoria* »<sup>134</sup>. Ces dispositions de caractère international ayant pour vocation de s'appliquer à

---

131. Civ. 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, D. 1951, p. 749, note J. Hamel; S. 1951, 1, 1, note Niboyet, *JCP* 1950, II., 5812, note Lévy J.-P., *Rev. crit. DIP* 1950, p. 609, note Batiffol H., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé n° 22*.

132. *Ibid.*

133. Civ. 2e, 9 déc. 1981, *Fougerolle c/ Banque du Proche- Orient*.

134. Civ. 1<sup>ère</sup> 22 oct. 1991, *Valenciana*, *Rev. arb.* 1992, p. 457, note Lagarde P.; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 113, note Oppetit B.; *JDI* 1992, p. 117, note Goldman B.

défaut de compétence législative déterminée. Même si les parties n'ont pas décidé de soumettre le contrat aux seuls usages du commerce international, ceux-ci ont ainsi une grande importance pratique, les conventions internationales y faisant fréquemment référence<sup>135</sup>. Un tribunal arbitral peut ainsi, devant la difficulté de choisir la loi nationale dont l'application s'imposerait avec suffisamment de force, décider<sup>136</sup> « d'écarter toute référence contraignante à une législation spécifique [...] et d'appliquer la *lex mercatoria* internationale »<sup>137</sup>.

La *lex mercatoria* trouve son origine au Moyen Âge. La grande majorité des commercialistes situe, en effet, à cette période la naissance d'un corps de règles qualifié de droit commercial international. A cette époque les grands pôles du commerce européen sont les républiques marchandes de l'Italie du Nord et les Flandres. Ce sont d'ailleurs des juristes de ces villes qui élaborent la théorie des conflits de lois sous la forme de la « théorie des statuts »<sup>138</sup>. Le développement des foires<sup>139</sup> a été fondamental dans la mise au point du droit du commerce international. La diversité des opérateurs introduit en effet un élément d'extranéité et la plupart des opérations ont un caractère « international ». Ce nouveau monde des marchands est ainsi à la recherche d'un droit adapté<sup>140</sup>, qui lui serait propre et s'imposant à tous les participants quelle que soit la foire. C'est ainsi qu'apparaît le *jus mercatorum* ou *lex mercatoria*, droit international identique dans les plus grandes foires de Champagne ou Italie. C'est un droit qui répond aux besoins des marchands de l'époque inhérents à l'organisation des foires que sont la rapidité et la rigueur. A la fin du Moyen Âge, il n'existait pas en effet de corps complet de règles qualifiées de droit du commerce international, mais elles étaient suffisamment complètes pour régler les principales opérations du commerce international de l'époque.

Dans la mesure où la mondialisation s'accompagne aujourd'hui d'une dématérialisation et que les nouvelles technologies sont omniprésentes, les échanges ont besoin d'un accès

---

135. Voir, par exemple, dans la Convention de Vienne sur les contrats de Vente internationale de marchandises les articles 8 § 3, 9 et 18 § 3.

136. L'arbitre peut également statuer comme « amiable compositeur » (c'est-à-dire en équité) si les parties lui donnent cette mission (Nouv. C. pr. civ., art. 1497). Dans ce cas, l'arbitre qui se prononce exclusivement par application des règles de droit doit s'expliquer sur la conformité de celles-ci à l'équité (Civ. 2, 15 février 2001, Halbout c/ Epx Hanin).

137. CCI, 26 oct. 1979, Norsolor.

138. Voir Lainé V., *Le droit international privé en France considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts*, Clunet, 1885, p. 129 et p. 249 ; Lainé V., *Introduction à l'étude du droit international privé*, Paris, 1888, T. I, p. 115 et suiv.

139. Les foires sont des regroupements périodiques de marchands de provenance diverses qui se développèrent en Allemagne, dans les Flandres et en Champagne au XIe et XIIe siècle.

140. Bart J., "La *lex mercatoria* au Moyen Âge : mythe ou réalité ?", *Mélanges Ph. Kahn*, Litec, 2000, p. 9, met en garde contre un lien de filiation trop direct entre le droit des marchands et la *lex mercatoria* du XXe siècle.

instantané, continu, et surtout un langage commun international. Les usages du commerce international permettent ainsi, par exemple, de compléter les règles de conflit de lois existantes. Ils sont définis par l'article 9 de la Convention de La Haye de 1964 comme « une règle que des personnes raisonnables, de même qualité, placées dans une situation similaire considèrent normalement comme applicable à leur contrat ». La Convention de Vienne de 1980 donne sensiblement la même définition et fait expressément référence aux usages pour les rendre obligatoires. La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 prévoit également le respect des usages dans le domaine de l'arbitrage. L'article 7 dispose que quel que soit le droit applicable, « les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce ». L'article 1496 du Code de procédure civile dispose également que l'arbitre doit tenir compte dans tous les cas des usages du commerce. Enfin, la loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international prévoit à l'article 28 alinéa 4 que « dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction ». Toutefois, ces références ne permettent pas de définir précisément la valeur juridique de ces usages du commerce international. Ils ont une valeur supérieure aux simples stipulations contractuelles, mais il ne s'agit pas de règles de droit.

Les principes généraux du droit sont quant à eux des règles abstraites et générales qui ont pour but d'opérer une dénationalisation des situations. Les codes de bonne conduite présentent également des mesures qui ont pour effet d'inciter les sociétés à respecter certains principes. Les principes Unidroit<sup>141</sup> permettent de définir le cadre du commerce international. Ils s'appliquent à tout contrat en général et concerne la majeure partie des questions de droit des contrats de sa formation aux effets du contrat. Ces principes s'appliquent aux contrats internationaux lorsque les parties ont décidé de s'y soumettre via une clause spécifique ou lorsqu'elles acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit ou la *lex mercatoria* - considérée comme l'ensemble des sources privées s'appliquant aux situations du commerce international<sup>142</sup>. Ils ont ainsi une force obligatoire de par la volonté des parties au contrat du commerce international et dépendent

---

141. Les principes Unidroit rédigés par des juristes des deux principaux systèmes juridiques ont été approuvés par le conseil de direction de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit). Publiés en version française en 1994, ils ont été renouvelés en 2004 afin de les adapter aux évolutions du commerce international, pour les contrats électroniques notamment.

142. La *lex mercatoria* a été consacrée par la Cour de cassation française dans le célèbre arrêt « Valenciana » du 22 octobre 1991. Il s'agit de « l'ensemble des règles du commerce international dégagée par la pratique, et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales ».

de la loi applicable au contrat. Malgré leur rôle important dans la pratique contractuelle internationale, ils ne s'imposent toutefois pas aux juges, ni aux parties qui n'en font pas référence. Dans la sentence 302/1997 du 27 juillet 1999, le tribunal arbitral a justifié l'application des principes Unidroit en affirmant qu'ils « gagnaient progressivement le statut d'usage du commerce internationalement reconnu ». Dans une autre affaire<sup>143</sup>, il a été précisé qu'ils sont également applicables en vertu de l'article 9.2 de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises<sup>144</sup> car ils reflètent « des usages dont les parties avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui sont largement connus dans le commerce international »

Selon Emmanuel Gaillard, les « principes généraux du droit [...] constituent de véritables règles transnationales »<sup>145</sup>. Ces sources privées se développent en même temps que se développe l'arbitrage international. On constate ainsi aujourd'hui une juxtaposition entre les sources privées et les règles conflictuelles.

La coexistence de quelques normes étatiques et de principes et usages spécifiques au commerce international qui viendraient compléter cette carence pose toutefois problème. En effet, quelle place attribuer à ces normes spécifiques au commerce international ? C'est la question de la légitimité et de l'applicabilité de la *lex mercatoria*. Pour répondre à cette question, la doctrine est scindée entre les « mercatoristes » et les « antimercatoristes ». Cette idée d'un droit détaché de tout droit étatique n'est pas acceptée de la même manière par la doctrine. Les premiers estiment que les lois étatiques ne sont pas adaptées aux exigences et spécificités du commerce international. Les lois nationales ont en effet été pensées dans un cadre national pour réglementer des situations nationales. Les principes et usages du commerce international sont ainsi acceptés car adaptés à sa spécificité qui exige des normes spécifiques. Pour les seconds, la *lex mercatoria* ne peut exister car il n'y a pas de législateurs internationaux, d'ordre juridique à part entière<sup>146</sup>. Mais la *lex mercatoria* n'est pas nécessairement à considérer comme étant un ordre juridique distinct<sup>147</sup>, au même titre que les ordres juridiques étatiques. La *lex mercatoria* peut être également entendu comme

---

143. Sentence 229/1996 du 5 juin 1997.

144. Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

145. Gaillard E., *La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, Etudes Pierre Bellet, Editions Litec, 1991, p. 203.

146. Racine J.-B., Siiriainen F., *Droit du commerce international*, Dalloz, 2e éd., 2011, p. 63, déduisent de la juridicité des normes de la *lex mercatoria* l'existence d'un ordre juridique.

147. Un ordre juridique est un ensemble structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine : telle est la définition donnée par Ch. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, n°33, 2001, p. 19.

l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales. C'est la position que semble admettre la Cour de cassation française<sup>148</sup>. Dans tous les cas, la plupart des systèmes juridiques reconnaissent aux parties qui recourent à l'arbitrage la possibilité de choisir la *lex mercatoria*. Toutefois, comme ce sont les droits étatiques qui autorisent ou refusent cette *lex mercatoria*. Il ne semble donc pas s'agir d'un droit autonome, détaché des systèmes juridiques nationaux. La *lex mercatoria* est alors moins un corps de règles matérielles que la méthode procédurale des arbitres qui consiste à comparer les diverses règles de droit en concours, pour choisir celle qui convient le mieux à la solution de l'affaire en cause. La méthode des arbitres, la méthode de la *lex mercatoria*, la méthode du droit transnational, se substitue à la méthode des juges, la méthode conflictualiste, la méthode du droit international. Cette doctrine française de la *lex mercatoria* procédurale se rapproche du concept de law shopping qui émerge dans la doctrine de langue anglaise<sup>149</sup>.

La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer la juridicité de la *lex mercatoria* dans l'arrêt Valenciana rendu le 22 octobre 1991<sup>150</sup>. Dans cette affaire, la question était de savoir si un arbitre devant statuer en droit était obligé de désigner une loi étatique. La Cour de cassation a précisé qu'« en se référant à « l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales », l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission ». Cet arrêt donne ainsi un caractère juridique à la *lex mercatoria*. Dans un sens, cela a permis aux parties de soumettre leur contrat à la *lex mercatoria*. Il est ainsi possible aux parties de soumettre expressément leur contrat à la *lex mercatoria*, faisant office d'équivalent à une loi étatique<sup>151</sup>. L'article 1511 al. 1 du code de procédure civile conforte également cette possibilité. Il dispose en effet que "Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées". L'utilisation de la terminologie "règles de droit" et non de "loi" démontre qu'il est possible de se référer en matière d'arbitrage international à une "loi", au sens étroit du terme, mais aussi à un autre droit qu'est la *lex mercatoria*, au sens d'un

---

148. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 oct. 1991, *Valenciana*, *Bull. civ. I*, n° 275, *JDI* 1992, p. 176, note Goldman B. ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 112, note Oppetit B. ; *Rev. arb.* 1992, p. 457, note Lagarde P.

149. Voir par exemple O'Hara E. A., Ribstein L. E., note 119 ; Lestrade E., « Company Law Shopping and the Regulation of Companies in the European Union », in *European Newsletter*, January 4, 2009, Vol. 2, 2009 ; Segan J., « Applicable Law 'Shopping' ? Rome II and Private Antitrust Enforcement in the EU », in *Comp. L. J.* 7(3), 2008, p. 251 ; E. Mathey, « La société européenne : Les atouts du droit français face au « law shopping » européen », in *Fondation robert Schuman*, Questions d'Europe, 11 juillet 2005.

150. *op. cit.*, note 148.

151. Lando O., "Choice of *lex mercatoria*", in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 747.

ensemble de "règles de droit". Le contrat "sans loi" est ainsi possible dans l'arbitrage international. Il ne s'agit toutefois pas d'un contrat "sans droit", de part l'application de la *lex mercatoria* qui fournit un ensemble de règles juridiques<sup>152</sup>.

Cela a également habilité les arbitres à l'appliquer directement dans leur sentence. L'arbitre est un juge investi par la volonté des parties. Mais il demeure un juge, il n'est pas totalement « prisonnier » de la mission qui lui a été confiée. L'arbitre est ainsi habilité à s'écarter du choix des parties en application de l'ordre public international et des lois de police<sup>153</sup>. L'arbitre devant statuer en droit, ne s'écarter de ce fait pas de sa mission en appliquant la *lex mercatoria*.

Par ailleurs, ce choix peut s'appliquer à tout le contrat ou à certaines parties seulement. Les parties peuvent en effet choisir d'appliquer un droit différent selon les parties du contrat. Certains éléments du contrat seront ainsi soumis à la loi d'un État, alors que les autres articles seront soumis à une autre loi. Ce dépeçage du contrat peut ainsi entraîner l'application de différents droits nationaux à différentes parties du contrat.

En outre, l'article 3.1 de la Convention de Rome et du Règlement Rome I dispose que le choix « doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause »<sup>154</sup>. Le choix se manifeste le plus souvent par une clause d'*electio juris* ou clause de droit applicable<sup>155</sup>. Dans son article 4, la Convention de Rome précise également que si aucun choix de loi n'est fait par les parties, le juge ou l'arbitre appliquera la loi du droit qui présente « les liens les plus étroits »<sup>156</sup> au contrat. La loi du pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle, au moment de la conclusion du contrat, sera celle qui présente « les liens les plus étroits » avec le contrat.

L'article 4.1 du règlement est sensiblement différent. Il pose une règle de conflit pour huit types de contrats. Le contrat de vente est ainsi, par exemple, régi, à défaut de choix des parties, par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle, alors que le

---

152. Racine J.-B., Siiriainen F., *Droit du commerce international*, 2e éd., Dalloz, 2011.

153. Paris, 2 juin 2004, *Cineco*, *Rev. arb.* 2005, p. 673, 2e esp., note Racine J.-B.

154. Pour une application de cet article, voir Civ. 1re, 25 janv. 2000, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 737, note Jacquet J.-M.

155. Voir Foyer J., « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 169.

156. Le paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention de Rome établit une présomption précisant que « Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale ».

contrat de prestation de service est soumis à la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle. Et lorsque le contrat n'entre pas dans l'une des catégories visées, l'article 4.2 du texte prévoit qu'il « est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ». Une clause d'exception s'ajoute à cette règle à l'article 4.3 du règlement prévoyant que « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ». L'article 4.4 dispose en dernier lieu que « lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Ainsi, si le contrat n'entre dans aucune des catégories visées au paragraphe 1 et que la prestation caractéristique ne peut pas être déterminée en vertu du paragraphe 2, le juge recherche avec quel pays le contrat entretient les liens les plus étroits.

Dans ces circonstances, c'est ainsi le juge qui – le plus souvent - « localise » le contrat afin de déterminer le droit applicable, comme l'a développé le doyen Batiffol<sup>157</sup> dans sa théorie de la localisation objective du contrat.

En outre, dans certains cas, « lorsqu'il résulte des circonstances de la cause que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »<sup>158</sup> le juge peut décider d'écarter le choix effectué par les parties car il estime que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui désigné par l'application de la Convention ou du Règlement.

Le concept de *law shopping*, détermine ainsi le choix par les parties du droit substantiel applicable au contrat . Ce choix peut, par ailleurs, prendre différentes formes au sein du contrat international. Différentes techniques juridiques permettent, en effet, de faire le choix de la loi applicable au contrat.

## **2. Les autres techniques juridiques de choix de la loi applicable**

Outre l'application du principe d'autonomie, qui permet de faire le choix de la loi applicable par une clause dans les contrats internationaux, les parties à un contrat peuvent aussi faire le choix du cadre institutionnel par incorporation de société (au sens des com-

---

157. Voir Batiffol H., *Conflicts de lois en matière de contrats, Étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938.

158. Article 4.3 Règlement (CE) N ° 593/2008 du 17 juin 2008.

mercialistes). Le choix du lieu de création de la société entraîne l'application de la loi de ce pays. L'« incorporation » des *company* - soit signataires de la *joint-venture*, soit créées par la *joint-venture (joint-venture company)* - dans un État permet, en effet, de déterminer la loi applicable à la société. Celle-ci est la loi du lieu de sa constitution, c'est-à-dire du lieu où les formalités d'incorporation ont été accomplies. Cette technique de l'incorporation permet donc aux associés de choisir la loi applicable à la société, en choisissant le pays d'incorporation, et ce, quel que soit le pays où la société exerce réellement son activité. Incorporée en Angleterre, elle sera soumise au droit anglais. Aux Pays-Bas, ce sera le droit néerlandais. En effet, ce critère repose sur la considération selon laquelle toutes les sociétés se créent formellement dans le cadre d'un système juridique, celui qui a été choisi par les fondateurs de la société. C'est ainsi que les statuts vont donc désigner le pays choisi comme le lieu du siège statutaire de la société.

En outre, le montage juridique de création de la *joint-venture* à l'oeuvre dans les deux contrats étudiés n'est pas identique dans les deux cas. Le premier contrat crée une nouvelle personne morale, alors que le second est un simple accord sans création d'une société. Par ailleurs, dans le contrat minier le choix est celui du droit de R.D.C. par création d'une *joint-venture company* incorporée en R.D.C. (la *joint-venture* est détenue à 32% par le groupe Gécamines et à 68% par un « Consortium de société chinoises » dont la composition change régulièrement et diffère légèrement du « Groupement de sociétés chinoises », signataire de la Convention de Collaboration). A l'inverse, le second contrat fait également le choix de la *joint-venture*, mais sans création d'une personne morale nouvelle. Le consortium *Caprikat-Foxwhelp* étant incorporée aux *British Virgin Island* (B.V.I.), la loi des B.V.I. s'applique donc à ces deux sociétés, détenues via un trust, par une holding de droit sud-africain, *Impedia group*, qui est le réel bénéficiaire de ces contrats<sup>159</sup>. Le choix du droit des Iles Vierges Britanniques par incorporation des deux sociétés n'a aucun lien avec le lieu d'exploitation du contrat ou la nationalité des parties. Il ne semble donc pas motivé par les mêmes objectifs que l'incorporation d'une *joint-venture company* en R.D.C. Cette incorporation aux B.V.I. a pour effet que le droit des B.V.I. s'applique dans divers aspects de la relation contractuelle comme le droit des sociétés, lorsque celui-ci existe ; à défaut c'est le droit anglais des sociétés qui s'applique.

Les deux contrats utilisent donc la technique de l'incorporation mais n'ont pas le même

---

159. Le capital de ces deux sociétés incorporées aux B.V.I appartient en réalité a un trust incorporé lui aussi aux B.V.I., mais dont le constituant serait un *Holding* incorporé en Afrique du sud et détenu principalement par le neveu du président d'Afrique du Sud, monsieur Zuma. T. Lay et M. Minio-Paluello, Pétrole au Lac Albert, Révélation des contrats contestés, Mai 2010, [www.carbonweb.org/drc](http://www.carbonweb.org/drc).

objectif derrière l'utilisation de cette technique : le premier contrat est un contrat que l'on peut qualifier d'altruiste (puisqu'il crée un mécanisme de compensation économique afin que l'État congolais et la population puissent bénéficier de l'investissement du consortium chinois), alors que le deuxième contrat est un mécanisme ingénieux de dissimulation des réelles sociétés ou personnes qui profitent du contrat. L'exemple de l'exploitation d'un block pétrolier sur la rive du lac Albert situé en République Démocratique du Congo (R.D.C.) démontre bien l'importance et l'impact d'un tel choix.

Ce choix du cadre institutionnel, et de ce fait de la loi applicable au contrat, peut également résulter du choix du droit de la responsabilité civile ou pénale applicable aux dirigeants, ou encore du choix du droit fiscal de cet État. Faire le choix de l'application du droit d'un État peut, en effet, être guidé par le droit de la responsabilité de cet État, qui ne serait pas très contraignant. Dans le cas du contrat pétrolier *British Virgin Island - Caprikat et Foxwhelp* R.D.C., le choix de l'incorporation de la société dans les B.V.I. entraîne l'application de son droit fiscal. Les impôts seront ainsi payés aux B.V.I. où n'existe - en réalité - pas d'impôt sur les sociétés, et non en Afrique du Sud, où résident les véritables propriétaires de la *joint-venture*.

Le concept de *law shopping* peut également être étendu au *law shopping* des consommateurs, comme l'évoque Gilles Lhuilier<sup>160</sup>.

Le choix de la loi ou du droit applicable au contrat international extractif est ainsi permis, d'une part, par différentes techniques juridiques à disposition des parties au contrat international. Elles peuvent ainsi faire le choix du droit le plus adapté à leurs relations juridiques.

D'autre part, le choix peut se faire par une clause d'élection de for afin de bénéficier de la loi applicable au fond par celui-ci. Le choix de la loi s'applique ainsi également au contentieux relatif au contrat international.

---

160. Lhuilier G., "Le contentieux extractif : essai de définition", *op. cit.*, note 21, p. 22.

## B. Le forum shopping

### 1. Les choix en droit international de la procédure

Le *forum shopping* désigne tous les choix de procédure des parties à un litige<sup>161</sup>. Ces dernières peuvent faire le choix de traités, de lois nationales ou encore de normes privées pour régir leurs relations. Cela peut également être un choix de « *hiérarchies normatives* »<sup>162</sup>, c'est-à-dire de for et d'ordre public. Comme l'indique Gilles Lhuilier dans son Essai de définition<sup>163</sup>, ce choix peut se faire par des techniques de *law shopping* au sens des commercialistes d'incorporation de sociétés, de principe d'autonomie au sens des internationalistes par des clauses d'élection de *for*, clause d'arbitrage ou des clauses de choix de règles de procédure. Les techniques de *forum shopping* au sens strict permettent, pour leur part, aux parties de choisir des modes de résolution négociés, ou la convention internationale qui organise l'arbitrage international, des sources d'origine privée a-nationales, ou encore des règles nationales qui régissent l'arbitrage. Elles peuvent également faire le choix d'une juridiction en cas de conflit de compétence. Au sens large, ces techniques de *forum shopping*, peuvent permettre un choix de la loi applicable au contentieux du contrat international.

Le choix de modes de résolution négociés par les parties peut, par exemple, résulter du choix des *Permanent Dispute board*, inspiré des contrats Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (F.I.D.I.C.)<sup>164</sup>. Le jeu des clauses contractuelles permet également souvent ce choix de résolution amiable des litiges dans les contrats extractifs. La clause de force majeure, de *hardship* ou de changement de circonstances, les clauses d'indexation, d'adaptation - clauses traditionnelles dans les contrats internationaux d'investissement - ou - clauses propres au secteur extractif - les clauses d'expertise en matière de prix par institutions spécialisées - tel l'*Institut of petroleum* de Londres - de *take -or- pay*<sup>165</sup>, de clauses de démantèlement<sup>166</sup>, sont des exemples de clauses qui prévoient des obliga-

---

161. Deirmendjian E., *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Thèse, Toulon, 2012 : « La stratégie d'anticipation procédurale... permet d'effectuer un choix approprié entre les différentes règles existantes en fonction du but poursuivi », p.13.

162. Bergé J.-S., « Legal Application, Global Legal Pluralism and Hierarchies of Norms », *European Journal of Legal Studies*, Volume 4, Issue 2 Autumn/Winter, 2011, p. 243.

163. Lhuilier G., "Le contentieux extractif : essai de définition", *op. cit.*, note 21.

164. Laguer F., "Les Dispute Board dans le secteur extractif", *in* Lhuilier G., Ngwanza A. (dir.), *Le contentieux extractif*, *op. cit.*, note 21.

165. Block B.G., « Arbitrage et changements du prix de l'énergie : examen des sentences CCI au regard des clauses de force majeure, d'indexation, d'adaptation, de *hardship* et de *take-or-pay* », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI - Vol. 20/2 - 2009*, p. 59.

166. Polkinghorne M., "Le démantèlement des sites pétroliers et gaziers", *in* Lhuilier G., Ngwanza A. (dir.), *Le contentieux extractif*, *op. cit.*, note 21.

tions de renégociations. La clause d'intangibilité par laquelle les parties disposent que le contrat ne pourra être modifié que d'un commun accord<sup>167</sup> ou la clause de stabilisation qui vise à assurer l'équilibre économique du contrat<sup>168</sup> en sont encore des exemples. Cette dernière clause permet à l'État de modifier unilatéralement une loi affectant l'investisseur dès lors que par négociation le contrat retrouve l'équilibre économique dont il bénéficiait au départ. Le pouvoir normatif de l'Etat est ainsi neutralisé par le biais de ces clauses. La loi de l'Etat contractant au moment de la conclusion du contrat ne peut pas être modifiée sans renégociation de ce dernier<sup>169</sup>. Toute modification de la loi ultérieurement serait inopposable à la société contractante.

Le recours aux États-Unis dans l'affaire Chevron semble également un choix d'ordre pénal clair. En effet, il s'agit d'un procès directement dirigé contre l'avocat car les demandeurs demandent d'appliquer l'« anticorruption act » qui n'existe que dans ce pays. Le choix du lieu de l'action est ainsi un choix clair d'ordre pénal, afin de faire appliquer l'*Alien Tort Claims Act*. En effet, alors que la plupart des États européens ont établi la compétence universelle<sup>170</sup> dans leur ordre juridique interne, ils ne connaissent cependant pas un tel principe en matière civile. Si la compétence universelle est traditionnellement présentée et utilisée comme une compétence pénale, rien ne fait toutefois obstacle à ce qu'elle ait un objet civil, comme par exemple la réparation de dommages. C'est ainsi que la compétence universelle trouve un écho en matière civile aux États-Unis : sur le fondement de l'*Alien Tort Claims Act*<sup>171</sup>, des actions en réparation peuvent être intentées devant les tribunaux

---

167. Montembault B., « La stabilisation des contrats d'État à travers l'exemple des contrats pétroliers », *RDAI/IBLJ*, No. 6, 2003, p. 615.

168. Romero E. S., Caminades A., « Actualité des clauses de stabilisation : la variété des clauses dans les contrats pétroliers, miniers et gaziers sur plusieurs aires géographiques (Amérique Latine, Afrique, Mer noire, Moyen orient), in Lhuilier G., Ngwanza A. (dir.), *Le contentieux extractif, op. cit.*, note 21.

169. Voir Loncle J-M., Philibert-Pollez D., "Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement", *RD aff. int.* 2009. 269. Spécifiquement dans le domaine pétrolier, voir Montembault B., "La stabilisation des contrats d'Etat à travers l'exemple des contrats pétroliers. Le retour des dieux sur l'Olympe?", *RD aff. int.* 2003. 593.

170. La compétence universelle donne vocation « à juger une infraction aux tribunaux de l'État sur le territoire duquel le délinquant est arrêté (judex deprehensionis) ou se trouve même passagèrement, quel que soit le lieu de commission de l'infraction et quelles que soient les nationalités de l'auteur et de la victime », Koering-Joulin R. et Huet A., « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française », *Jurisclasseur droit international*, n° 6, fasc. 403-20, 1995, n° 73, p. 16. Sur la compétence universelle, voir Donnedieu de Vabres H., *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1928, pp. 135-170 ; Henzelin M., *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, Faculté de droit de Genève, Bâle, Genève, Helbing et Lichtenhahn, Bruxelles, Bruylant, 2000, 527 p. ; Reydam L., *Universal Jurisdiction : International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, 2003, 258 p. ; Stern B., « À propos de la compétence universelle », in *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague/London/Boston, Kluwer International Law, 1999, pp. 735-753.

171. Alien Tort Claims Act (A.T.C.A.), reproduit in McDonald G. K. et Swaak-Goldman O. (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, The Experience of International and*

fédéraux, par des victimes de nationalité étrangère (non américaines) pour des violations du droit international commises à leur rencontre, sur le territoire d'un État tiers, par des étrangers. L'*Alien tort statute*, parfois désigné sous le nom d'*Alien Tort Claim Act*, (ACTA), codifié à l'article 28 U. S. C. § 1350, prévoit ainsi que les juridictions fédérales américaines sont compétentes « pour connaître de toute action en responsabilité civile engagée par un étranger, sur le seul fondement quasi délictuel, à raison d'une violation du droit des gens ou d'un traité conclu par les États-Unis ».

Conçus comme une alternative à des procès pénaux<sup>172</sup>, ces procès civils ne peuvent donner lieu à des sanctions pénales ; ils visent seulement à la réparation d'un préjudice exprimée en termes financiers, sous forme de l'octroi de dommages et intérêts. Le rattachement des faits visés par les différentes plaintes à l'ordre juridique américain apparaît souvent des plus ténus, ces faits ayant été commis sur le territoire d'un État étranger par des auteurs étrangers à l'égard de victimes étrangères. Ce rattachement réside généralement dans la présence, même passagère, du défendeur sur le territoire américain.

La jurisprudence a toutefois tenté de dégager certains critères de référence, visant à s'assurer que la prohibition internationale du comportement en cause est définissable, obligatoire et qu'elle fait l'objet de normes universelles<sup>173</sup>. Il s'agit en d'autres termes de démontrer que « 1. no state condone the act in question and there is a recognizable universal consensus of prohibition against it ; 2. there are sufficient criteria to determine whether a given action amounts to the prohibited act and thus violates the norm ; 3. the prohibition against it is non-derogable and therefore binding at all times upon all actors »<sup>174</sup>. Les juridictions fédérales américaines ont en revanche considéré que l'expropriation<sup>175</sup>, les actes de fraude, les détournements et abus de biens sociaux<sup>176</sup>, la violation de la liberté d'expression<sup>177</sup>, le

---

*National Courts, Documents and Cases*, vol. II, Part II, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 557.

172. Voir en ce sens Murphy J. F., « Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution », *Harv. HRJ*, 1999, pp. 1-56.

173. « [A] plaintiff seeking to predicate jurisdiction on the Alien Tort Statute need only plead a "tort... in violation of the law of nations" [...] "This "international tort" must be one which is definable, obligatory (rather than hortatory), and universally condemned. [ . . . ] The requirement of international consensus is of paramount importance, for it is that consensus which evinces the willingness of nations to be bound by the particular legal principle, and so can justify the court's exercise of jurisdiction over the international tort claim », *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987), pp. 1539-1540. De même, voir *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980), p. 881 ; *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984), (Edwards, J., concurring), p. 781.

174. *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995), p. 184.

175. *National Coalition Gov't of the Union of Burma v. Unocal, Inc.*, 176 F.R.D. 329 (CD. Cal. 1997), p. 345.

176. *IIT v. Vencap LTD*, 519 F. 2d 1001 (2nd Cir. 1975) ; *Hamid v. Price Waterhouse*, 51 F. 3d 1411 (9th Cir. 1995), p. 1418.

177. *Guinto v. Marcos*, 654 F.Supp. 276 (S.D. Cal. 1986).

« génocide culturel »<sup>178</sup>, ou encore les atteintes massives à l'environnement<sup>179</sup> ne comp-  
taient pas parmi les violations du droit international envisagées par l'*Alien Tort Claims  
Act*, le droit international positif ne réprouvant pas ces actes de manière suffisamment  
claire et universellement admise pour qu'ils puissent être considérés comme relevant du  
droit international coutumier.

S'agissant des dommages causés à l'environnement que les demandeurs étrangers in-  
voquent de manière croissante devant les juridictions américaines en vue de mettre en  
cause la responsabilité des firmes multinationales opérant en territoire étranger<sup>180</sup>, cer-  
tains auteurs estiment qu'une évolution jurisprudentielle n'est pas à exclure. Selon ce  
courant d'opinion, les juges américains pourraient, en effet, faire droit à une action en  
réparation fondée sur l'*Alien Tort Claims Act* concernant des atteintes à l'environnement,  
en se fondant sur le « droit à un environnement sain » ou sur le « droit à la conservation  
de l'environnement » en tant que droit de l'homme de la troisième génération<sup>181</sup>. Les  
juges américains ont d'ailleurs récemment estimé qu'une action civile mettant en cause de  
graves atteintes à l'environnement pouvait être recevable sur la base de l'*Alien Tort Claims  
Act*, même s'ils déclinèrent en l'espèce l'exercice de leur compétence sur le fondement de  
la doctrine du *forum non conveniens*<sup>182</sup>.

Par ailleurs, alors qu'il était possible de considérer, sur le fondement de la jurisprudence  
Filartiga et des développements jurisprudentiels ultérieurs, que l'*Alien Tort Claims Act*  
n'avait vocation à s'appliquer qu'à des agents de l'État ou à des individus agissant sous

---

178. *Beanal v. Freeport-Mc Moran, Inc.*, 197 F. 3d 161 (5th Cir. 1999), pp. 166-168.

179. *Amlon Metals, Inc. v. FMC Corp.*, 775 F. Supp. 668 (S.D.N.Y. 1991).

180. Sur ce thème, voir Herz R. L., « Litigating Environmental Abuses under the Alien Tort Claims  
Act : a Practical Assessment », *Virginia Journal of International Law*, 2000, pp. 545-638; Osofsky H.  
M., « Environmental Human Rights under the Alien Tort Statute : Redress for Indigenous Victims of  
Multinational Corporations », *Suffolk Transnational Law Review*, 1997, pp. 335-396.

181. Voir en ce sens, Herz R. L., « Litigating Environmental Abuses under the Alien Tort Claims Act :  
A Practical Assessment », *Virginia Journal of International Law*, Winter 2000 (40 Va. J. Int'l L. 545);  
Lambert L., « At the Crossroads of Environmental and Human Rights Standards : *Aguinda v. Texaco,  
Inc.* , Using the Alien Tort Claims Act to Hold Multinational Corporate Violators of International Laws  
Accountable in U.S Courts », *JTLP*, 2000, pp. 109-132, spec. pp. 121 et s.

182. Voir l'affaire *Aguinda v. Texaco* concernant une *class action* intentée par des ressortissants  
équatoriens à l'encontre de la société américaine Texaco, mettant en cause sa responsabilité pour des dom-  
mages causés à l'environnement et aux personnes suite à ses activités d'exploration pétrolière. *Aguinda v.  
Texaco Inc.*, No 93 Civ. 7527 (VLB), 1994 U.S. District LEXIS 4718 (S.D.N.Y. Apr. 11, 1994), adhered to  
by, 850 F. Supp. 282 (S.D.N.Y. 1994), dismissed by, 945 F. Supp. 625 (S.D.N.Y. 1996), vacated sub. nom.,  
*Jota v. Texaco Inc.*, *op. cit.*, note 104, on remand, 2000 U.S. Dist. LEXIS 745 S.D.N.Y. Jan. 31 2000;  
*Aguinda v. Texaco* No 93CIV 7527, 2000 WL 579776 (S.D.N.Y. 2001). Le 16 août 2002, la cour d'appel  
du deuxième circuit a finalement décliné l'exercice de sa compétence sur le fondement de la doctrine du  
*forum non conveniens* considérant que « [t]hese cases have everything to do with Ecuador and nothing  
to do with the United States », *Aguinda v. Texaco*, *op. cit.*, note 107, p. 537.

couvert d'une autorité étatique officielle<sup>183</sup> Dans la ligne de la jurisprudence *Filartiga*, les juridictions américaines se sont déclarées incompétentes pour connaître d'actions civiles fondées sur l'*Alien Tort Claims Act* qui visaient des personnes privées, n'agissant pas dans le cadre de fonctions étatiques. Ce fut le cas des contrats au Nicaragua<sup>184</sup>, s'agissant du rejet d'une action en dommages et intérêts intentée par des ressortissants nicaraguayens contre l'administration Reagan pour son aide apportée aux contrats ou encore de l'Organisation de libération de la Palestine dans l'affaire *Tel-Oren v. Jamahiriya arabe libyenne*<sup>185</sup>, la jurisprudence a progressivement assoupli cette condition pour affirmer que l'*Alien Tort Claims Act* s'appliquait également à des acteurs privés (non state actors), particuliers agissant à titre personnel ou encore sociétés commerciales<sup>186</sup>.

L'extension du champ d'application *ratione personae* de l'*Alien Tort Claims Act* s'est ainsi réalisée en deux temps. Elle a tout d'abord concerné la responsabilité civile d'individus agissant à titre personnel<sup>187</sup>. La jurisprudence américaine s'est ensuite prononcée en faveur de l'application de l'*Alien Tort Claims Act* aux violations des droits de l'homme commises par des sociétés commerciales<sup>188</sup>. Le principe a été admis en 1997 dans l'affaire *Doe v. Unocal Corp*<sup>189</sup> concernant la construction d'un gazoduc en Birmanie à laquelle ont participé la multinationale française Total et la société américaine UNOCAL. Ces sociétés avaient conclu des contrats relatifs à l'exploitation du gisement sous-marin de gaz naturel de Yadana avec la compagnie pétrolière birmane MOGE (*Myanmar Oil and Gas Enterprise*), entièrement contrôlée par la junte birmane au pouvoir. C'est dans ce contexte que plusieurs fermiers birmans ont introduit une action civile contre ces diverses sociétés

---

183. «[W]e hold that deliberate torture perpetrated under color of official authority violates universally accepted norms of the international law of human rights... », *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (2nd Cir. 1980), p. 878, p. 884. De même, voir *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987), p. 1546 : « a police chief who tortures, or orders to be tortured, prisoners in his custody fulfills the requirement that his action be 'official' simply by virtue of his position and the circumstances of the act ».

184. *Sanchez-Espinoza v. Reagan*, 770 F.2d 202 (D.C.Cir. 1985)

185. *Tel-Oren v. Jamahiriya arabe libyenne*, 726 F.2d 774 (D.C Cir. 1984), pp. 793-794.

186. « No logical reason exists for allowing private individuals and corporations to escape liability for universally condemned violations of international law merely because they were not acting under color of law », *Iwanowa v. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d 424 (D.N.J. 1999), p. 445.

187. Voir Kunstle D. P., « Do Private Individuals Have Enforceable Rights and Obligations under the Alien Tort Claims Act ? », *Duke JCIL*, 1996, pp. 319-346.

188. Sur ce thème, voir Breed L. M., « Regulating Our 21st-century Ambassadors : A New Approach to Corporate Liability for Human Rights Violations Abroad », *Virginia Journal of International Law*, 2002, pp. 1005-1036 ; Paust J. J., « Human Rights Responsibilities of Private Corporations », *Vanderb. JTL*, 2002, pp. 801- 825 ; Sacharoff A. K., « Multinationals in Host Countries : Can they be held liable under the Alien Tort Claims Act for Human Rights Violations ? », *Brooklyn Journal of International Law*, 1998, pp. 927-964 ; Shaw C., « Uncertain Justice : Liability of Multinationals under the Alien Tort Claims Act », *Stanford Law Review*, 2002, pp. 1359-1386.

189. *John Doe I v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. 880 (CD Cal. 1997). Pour un commentaire, voir Aceves W. J., « US District Court Ruling in Action by Burmese Farmers for Human Rights Violations Against their Persons and Property », *AJIL*, 1998, pp. 309-314.

devant le tribunal fédéral de première instance de Californie, le 3 octobre 1996<sup>190</sup>. Le 25 mars 1997, la juridiction américaine a considéré que si une violation du droit international requérait certes une action étatique, une société pouvait néanmoins voir sa responsabilité engagée pour violation du droit international, en tant que complice du gouvernement de l'État hôte, même si ce n'est que par ricochet, la junte militaire birmane étant considérée par les firmes multinationales comme un interlocuteur à part entière dans la réalisation de leurs opérations. Le 18 septembre 2002, la cour d'appel du neuvième circuit de Californie a confirmé que la firme pétrolière UNOCAL pouvait voir sa responsabilité civile engagée devant les juridictions fédérales américaines pour avoir soutenu la junte birmane dans le recours au travail forcé<sup>191</sup>.

L'étendue de la compétence judiciaire (*jurisdiction to adjudicate* ou *judicial jurisdiction*) en matière civile n'est guère définie par le droit international qui semble de prime abord s'en remettre à la liberté d'action dont dispose chaque État pour la déterminer unilatéralement. Si l'approche du droit international public procède d'une logique différente selon qu'il s'agit de compétence pénale ou de compétence civile, il est toutefois permis de penser que la grande latitude laissée aux États dans la détermination de leur compétence pénale, telle qu'elle ressort de l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du Lotus, s'étend, mutatis mutandis, à leur compétence civile :

« Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée dans quelques cas que par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. La discrétion laissée par le droit international aux États explique la grande variété des règles qui ont été adoptées sans objections ou plaintes de la part des autres États. Dans ces circonstances, tout ce que l'on peut demander à un État c'est qu'il ne dépasse pas les limites que le droit international met à ses compétences ».<sup>192</sup>

Il s'agit d'une règle permissive conditionnelle, signifiant que le droit international n'interdit pas, en son principe, l'exercice d'une compétence normative extraterritoriale à l'égard de

---

190. *Doe v. Unocal*, No 96-6959 LGB (CD. Cal.), 3 octobre 1996.

191. «[...] forced labor, like traditional variants of slave trading, is among the "handful of crimes ...to which the law of nations attributes individual liability", such that state action is not required », *Doe I v. Unocal Corporation*, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, 18 septembre 2002, *ILM*, 2002, p. 1374.

192. Cour permanente de justice internationale, Série A, N° 10, 7 sept. 1927, *Affaire du Lotus*, Recueil des arrêts de la cour permanente de justice internationale.

certaines personnes, de certains biens et actes situés hors du territoire pourvu que celui-ci respecte les limites du droit international.

Si l'État dispose d'une grande liberté dans l'énoncé de ses règles internes, il doit cependant tenir compte de certaines nécessités de l'ordre international lorsqu'il fixe la compétence de ses organes judiciaires à l'égard des litiges civils comportant un élément d'extranéité. Ainsi, il est à tout le moins admis que les États, lorsqu'ils procèdent à cette délimitation, ne peuvent méconnaître, d'une part, la règle coutumière qui admet certaines immunités de juridiction et d'exécution en faveur d'États étrangers et de certaines personnes investies de fonctions internationales et, d'autre part, celle qui impose aux États une obligation de caractère positif tendant à ce que leurs organes judiciaires ne commettent pas un déni de justice à l'égard d'un étranger, susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État.

Ainsi, la mise en œuvre de la compétence des juridictions fédérales américaines sur le fondement de l'*Alien Tort Claims Act* est, tout d'abord, subordonnée à l'existence d'un lien de rattachement de la situation extraterritoriale avec les États-Unis. Les demandeurs étrangers doivent ensuite faire face à l'invocation par les défendeurs étrangers de l'immunité de juridiction. Ils peuvent, au surplus, se heurter à l'application de la doctrine anglo-saxonne du *forum non conveniens* qui permet au juge américain de décliner sa compétence - alors même qu'il est formellement compétent - lorsque l'exercice de celle-ci lui semble manifestement inopportune ou déraisonnable.

Dans le cas de personnes morales, telles que des sociétés, l'incorporation de cette société dans un État, la possession d'un établissement secondaire agissant au nom de cette société et situé sur le territoire américain ou encore l'exercice sur le territoire américain d'activités continues et répétées (*doing business*) justifient l'exercice de la compétence juridictionnelle américaine.

Les actions introduites sur la base de l'*Alien Tort Claims Act* sont par ailleurs soumises aux dispositions du *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA)<sup>193</sup> de 1976 qui régit la compétence des juridictions américaines à l'égard des États étrangers et qui constitue, selon les termes mêmes de la Cour suprême, « *the sole basis for obtaining jurisdiction over a foreign state and its agencies or instrumentalities* »<sup>194</sup>. L'article 1604 dispose que les États étrangers sont soustraits à la juridiction des tribunaux des États-Unis et des

---

193. U. S. Foreign Sovereign Immunities Act, 21 octobre 1976, 28 U.S.C § 1330, 1602-1611, in McDonald G. K. et Swaak-Goldman O. (eds), *op.cit.*, note 173, vol. II, pp. 581-587. Voir Delaume G. R., « Le Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 », *JDI*, 1978, pp. 187-207.

194. *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989), p. 434.

États de l'Union<sup>195</sup>. Mis à part les chefs d'État, les individus, fonctionnaires de l'État, ne peuvent invoquer la protection du FSIA pour justifier une exception de compétence d'une action fondée sur l'A.T.C.A.

Pour décliner l'exercice de sa compétence, le juge recherche ainsi si l'examen du litige devant les juridictions américaines est opportun compte tenu des liens que présente le litige avec son *for* et le territoire américain. Ce faisant, la doctrine du *forum non conveniens* permet de remédier à certains excès du régime juridictionnel américain résultant de règles de compétence extrêmement larges, pouvant conduire les tribunaux à devenir le réceptacle des plaintes les plus diverses, ne présentant aucune connexion avec le *for*. Elle constitue ainsi un moyen de lutter contre le *forum shopping*<sup>196</sup>. L'application de la doctrine permet, en outre, de remédier à l'invocation de critères exorbitants de compétence tels que ceux qui sont fondés sur la présence fortuite du défendeur sur le territoire américain, et apparaît de fait comme l'accessoire de la *transient jurisdiction rule*<sup>197</sup>.

Pour l'heure, les juridictions américaines ont généralement adopté une « attitude pro *victim* »<sup>198</sup> dans l'application de la doctrine du *forum non conveniens* lorsque les actions concernaient des violations des droits de l'homme. Il faut, en revanche, relever la tendance récente contraire s'agissant des actions concernant des atteintes massives à l'environnement imputées à des sociétés multinationales, les juridictions américaines faisant en pareils cas davantage application de la doctrine du *forum non conveniens* dès lors qu'il existe un tribunal étranger plus approprié pour se prononcer sur ce type de litige, tel que dans l'affaire Chevron. Depuis que les tribunaux ont considéré, dans l'affaire *Doe v. Unocal*, que la responsabilité civile de sociétés privées pouvait être recherchée sur le fondement de l'*Alien Tort Claims Act*, les actions civiles en dommages et intérêts dirigées contre les

---

195. 28 U.S.C. § 1604 (2001) : « Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter »

196. Le Vocabulaire juridique définit le *forum shopping* comme « la possibilité qu'offre à un demandeur la diversité des règles de compétence internationale de saisir les tribunaux du pays appelé à rendre la décision la plus favorable à ses intérêts », Cornu G., *op. cit.*, note 1, p. 426. Selon le lexique des termes juridiques Dalloz le *forum shopping* est « un stratagème pour échapper à l'application d'une loi et consistant, pour les plaideurs, à porter leur litige devant une juridiction étrangère, qui ne sera pas obligée d'appliquer cette loi. »

197. Le recours à la théorie du *forum non conveniens* permet ainsi de remédier à l'exercice d'une compétence ne satisfaisant pas aux critères de la modération et de la raison. Selon le § 421 (2) (a) du Restatement of the Law (Third) : « Jurisdiction to Adjudicate - In general, a state's exercise of jurisdiction to adjudicate with respect to a person or thing is reasonable if, at the time jurisdiction is asserted : (a) the person or thing is present in the territory of the state, other than transitorily », American Law Institute, Restatement of the Law (Third), *op. cit.*, p. 305.

198. Selon la formulation de Flauss J.-F., « Observations sous CEDH, Al Adsani c. Royaume-Uni, Grande Chambre, 21 novembre 2001 », *RTDH*, 2002, p. 171.

multinationales se sont en effet multipliées<sup>199</sup>, suscitant les véhémentes critiques tant des groupements industriels que de l'administration américaine elle-même.

Toutefois, dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*<sup>200</sup>, la Cour suprême a posé des limites strictes au type d'actions pouvant être engagées sur le fondement de l'*Alien Tort Claims Act*.

Les faits de 1985 à l'origine de l'arrêt concernent un agent de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) qui avait été enlevé, torturé, interrogé et exécuté au Mexique. Les agents de la DEA ont conclu, au terme de leur enquête que le Docteur Humberto Alvarez-Machain était présent lors des faits et aurait eu pour tâche de prolonger la vie de l'agent de la DEA pour poursuivre l'interrogatoire et les tortures. La DEA a obtenu un mandat d'arrêt contre Alvarez-Machain mais, privée de la coopération mexicaine, a été contrainte de commanditer l'enlèvement d'Alvarez pour le ramener aux Etats-Unis et le juger. Le Docteur Humberto Alvarez-Machain a donc été victime d'un enlèvement perpétré au Mexique par des agents fédéraux américains et par plusieurs Mexicains, dont José Francisco Sosa. Il sera détenu au Mexique durant une journée, emmené aux Etats-Unis à bord d'un avion privé avant d'être jugé pour les actes de torture et le meurtre de l'agent fédéral américain. Il sera acquitté. Après son acquittement, Alvarez-Machain a intenté une action civile contre le gouvernement américain et contre Sosa pour les fautes commises, en alléguant de violations du droit des gens et en se fondant sur l'A.T.C.A. La Cour d'appel du Neuvième Circuit a jugé qu'Alvarez avait effectivement été victime de la violation de ses droits protégés par le droit des gens et qu'il était dès lors en position d'exiger une réparation fondée sur l'A.T.C.A. La violation invoquée portait plus spécifiquement sur la détention arbitraire d'un jour subie<sup>201</sup> par Alvarez-Machain entre le moment de son arrestation au Mexique et le moment de son arrestation officielle aux Etats-Unis. La Cour

---

199. Voir, entre autres, *Abrams v. Société Nationale des Chemins de fer français*, (E.D.N.Y. 2001), 00-CV-5326; *Aguinda v. Texaco Inc.*, *op. cit.*, note 107; *Bigio v. Coca-Cola*, No 989058, 239 F. 3d 440 (2nd Cir. 2000); *Bowoto et al. v. Chevron et al.*, No C99-2506 CAL (N.D. Cal. 1999); *Carmichael et al. v. United Technologies Corp. et al.*, 835 F. 2d 109 (5th Cir. 1988); In Re South African Apartheid Litigation, 02 MDL 1499 (S.D.N.Y. 2002); In Re WWII Era Japanese Forced Labor Litigation (I), 164 F. Supp. 2d 1160 (N.D. Cal. 2001); In Re WW II Era Japanese Forced Labor Litigation (II), 164 F. Supp. 2d 1153 (N.D. Cal. 2001); *Iwanowa et al. v. Ford Motor Company et al.*, 67 F. Supp. 2d 424 (D.N.J. 1999); *Tamuasi v. Rio Tinto*, *pic*, n° 00 CV-3208 (N.D. Cal. Filed Sept. 6, 2000); *The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy, Inc. et al.*, 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. March 19, 2003); *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F. 3d 88 (2nd Cir. 2000).

200. 542 U.S. 692, 2004.

201. Voir le communiqué de presse de l'ONG Earthrights International « Historic Advance for Universal Human Rights : Unocal to Compensate Burmese Villagers ». Disponible à l'URL : <https://earthrights.org/blog/historic-advance-for-universal-human-rights-unocal-to-compensate-burmese-villagers/> [consulté le 5 avril 2018].<sup>130</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain*, 124 S. Ct 2739 (2004).<sup>131</sup> Alvarez invoquait également le Federal Torts Claim Act contre les agents de la Drug Enforcement Administration, mais cet argument ne sera pas retenu.<sup>132</sup> *Alvarez-Machain v. United States*, 331 F.3d 604 (9th Cir. 2003).

Suprême a jugé que la détention arbitraire d'Alvarez-Machain durant un jour avant son transfert ne pouvait être considérée comme une violation du droit des gens. Si la Cour retenait la solution opposée, toute personne arrêtée arbitrairement, dans n'importe quel pays, serait titulaire d'un droit d'action civile devant les juges américains sur base de l'A.T.C.A. Pour cette raison, la Cour infirme l'arrêt de la Cour d'appel.

Toutefois, l'intérêt de la décision de la Cour Suprême se situe au-delà de ce point précis et concerne les principes plus généraux qu'elle énonce sur l'A.T.C.A. Les gouvernements des Etats-Unis, de l'Australie, de la Suisse, de la Grande Bretagne ont soumis des *amici* briefs à la Cour Suprême en faveur des arguments de Sosa, tandis que de nombreuses organisations non gouvernementales ainsi que des universitaires et des experts, nationaux et internationaux, soutenaient les arguments d'Alvarez-Machain en faveur de la jurisprudence interprétant largement l'A.T.C.A. L'arrêt rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire Sosa est fortement nuancé. Si elle entérine l'interprétation procédurale de l'A.T.C.A. par les juges américains qui considèrent que cette législation les autorise à déterminer eux-mêmes les « *cause of action* » permettant d'actionner une plainte fondée sur l'A.T.C.A., la Cour Suprême tend à réduire la marge de manœuvre des juges en imposant une conception restrictive du droit des gens et en obligeant le juge à prendre en considération une série d'éléments pratiques avant de se déclarer compétent. Le droit des gens est, selon la Cour Suprême, une norme internationale acceptée par le monde civilisé qui doit être définie avec une précision comparable à celle des violations sur droit des gens que visait le législateur de l'A.T.C.A. du 18<sup>ème</sup> siècle.

Par cet arrêt, la Cour a ainsi indiqué que la compétence des juridictions fédérales n'était susceptible d'être reconnue que pour des violations équivalentes, par leur nature et leur gravité, à celles que les auteurs de l'*Alien Tort Claims Act* avaient originalement à l'esprit : les attaques contre des ambassadeurs, la violation des sauf-conduits et la piraterie. Ainsi, la compétence de ces juridictions n'était susceptible de s'exercer que pour un petit nombre de violations du droit international, portant sur des règles précises, largement acceptées par les États. L'A.T.C.A. ne s'applique qu'aux violations des normes internationales qui sont « spécifiques, universelles et obligatoires ». Elle a ainsi déterminé que, dans l'affaire soumise, les interdictions générales d'arrestation et de détention arbitraires ne respectaient pas cette norme.

Une nouvelle limitation est intervenue également avec l'affaire *Kiobel v. Dutch Petroleum*<sup>202</sup>. Dans cette affaire, qui concernait différentes exactions survenues au Nigéria et

---

202. *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. No. 10-1491 S. Ct., 2013.

impliquant potentiellement la société néerlandaise Shell, la Cour Suprême, concernant la complicité présumée d'une société pétrolière étrangère dans des violations des droits de l'homme au Nigéria, a jugé qu'il existait une présomption générale contre l'application extraterritoriale des lois américaines, et que cette présomption s'appliquait aux actions engagées sur le fondement de l'*Alien Tort Claims Act*. L'A.T.C.A. ne s'applique généralement donc pas aux délits commis dans des pays étrangers - bien que des exceptions soient possibles dans les cas « où les revendications touchent et concernent le territoire des États-Unis » avec « une force suffisante ».

Enfin, l'affaire *Jesner v. Arab Bank*<sup>203</sup> de la Cour Suprême des États-Unis marque une nouvelle étape dans le reflux de l'*Alien Tort Statute*. S'inscrivant dans une lignée restrictive qui a débuté en 2004 avec l'arrêt *Sosa*, l'arrêt *Jesner* exclut désormais les personnes morales étrangères du champ d'application de l'A.T.C.A. L'affaire *Jesner v. Arab Bank* a pour origine une série d'actions en responsabilité civile engagée aux États-Unis contre une banque jordanienne entre 2004 et 2010. Les plaignants sont des ressortissants étrangers qui soutiennent que la banque a facilité l'activité du mouvement islamiste palestinien Hamas et que, par suite, elle est civilement responsable des conséquences de différentes attaques terroristes commises au Moyen-Orient. Les faits reprochés à la banque n'ont, pour l'essentiel, pas eu lieu aux États-Unis. Mais la banque utilise pour ses transactions internationales une chambre de compensation (un système de paiement interbancaire) située à New York. Elle aurait aussi participé à des transferts de fonds entre une ONG texane soupçonnée d'être liée au Hamas et d'autres officines de l'organisation au Moyen-Orient. Pour revendiquer la compétence des juridictions civiles américaines, les plaignants se sont fondés sur l'ATS.

Cette compétence est désormais limitée à un petit nombre de fondements juridiques (*Sosa*), n'est plus vraiment universelle (*Kiobel*) et ne peut s'exercer à l'encontre des personnes morales étrangères (*Jesner*).

## 2. La place de l'arbitrage international

Dans le contrat international d'investissement, les parties peuvent faire un choix entre les deux grands systèmes d'arbitrage. Le choix de l'arbitrage pour le règlement des contentieux internationaux est de plus en plus fréquent. Deux conventions internationales principales permettent et encadrent le recours à l'arbitrage pour les parties qui choisissent

---

203. *Jesner v. Arab Bank*, PLC, 584 U. S. (2018).

ce type de procédure pour le règlement de leurs litiges. Elles peuvent ainsi avoir une préférence pour le système de l'arbitrage commercial – en se référant à la Convention de New York du 10 juin 1958 - ou choisir l'arbitrage d'investissement – issu de la Convention de Washington du 18 mars 1965. Dans le premier cas, la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>204</sup> sera complétée par la loi nationale du lieu de localisation de l'arbitrage ou de la demande d'exequatur, ainsi que par d'éventuelles règles d'institutions d'arbitrage ou le Règlement de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I.). L'objectif de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales est de faciliter l'accueil des sentences arbitrales rendues dans un État différent de celui où elles sont invoquées. Ce sont les sentences « étrangères ». Dans l'éventualité où les États adoptent des législations plus libérales, elle prévoit elle-même qu'elle s'efface devant les dispositions plus favorables du pays dans lequel la sentence est invoquée (art. VII consacrant la « clause de la sentence la plus favorisée »). Cette convention n'est applicable qu'à défaut de disposition plus favorable du droit des États parties.

La Convention de Washington organisera la procédure à travers le mécanisme du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Cette convention est applicable aux litiges « en relation directe avec » un investissement entre un État ayant ratifié la Convention et un investisseur privé ressortissant d'un autre État contractant. Le CIRDI œuvre ainsi aujourd'hui à l'élaboration d'un droit international des investissements.

Certains traités bilatéraux ou multilatéraux - tels l'A.L.E.N.A.<sup>205</sup> entre les États-Unis, le Canada et le Mexique - prévoient en outre la possibilité pour les investisseurs d'instaurer un arbitrage contre l'État-hôte<sup>206</sup> soit selon le mécanisme CIRDI soit selon le Règlement C.N.U.D.C.I. Certains traités font encore référence à d'autres mécanismes telle la Charte de l'Énergie<sup>207</sup> qui permet d'accéder à l'arbitrage CIRDI mais aussi à l'arbitrage selon le Règlement C.N.U.D.C.I. ou une procédure d'arbitrage sous l'égide de l'Institut d'arbi-

---

204. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958

205. Article 1120 (1) du chapitre 11 ALENA du 1er janvier 1994 : « 1. Sauf dispositions de l'annexe 1120.1 et à condition que six mois se soient écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte, un investisseur contestant pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu : a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie de l'investisseur soient parties à la Convention ; b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie de l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI ; ou c) des Règles d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. »

206. Voir [www.unctad.org/](http://www.unctad.org/) [www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2310&lang=1](http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2310&lang=1)

207. Traité sur la Charte européenne de l'énergie, 17 décembre 1994.

trage de la Chambre de commerce de Stockholm<sup>208</sup>. Ce choix des parties entraînera ainsi l'application de règles d'arbitrage différentes selon la Convention ou le Règlement choisi.

Pour organiser leur procédure, les parties peuvent également choisir des conventions d'arbitrage-type rédigées unilatéralement par les centres d'arbitrage, parmi de nombreux contrats types issus de l'industrie extractive<sup>209</sup> tels les contrats de l'*Association for International Petroleum Negotiators* (A.I.P.N.). Elles peuvent également choisir les règlements d'arbitrage des institutions permanentes d'arbitrage, comme ceux de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.), l'American Arbitration Association (A.A.A.), la London Court of Arbitration, ou encore la Chambre de commerce de Stockholm. Ce choix d'un règlement peut par ailleurs entraîner un mécanisme d'appui de l'arbitrage par des juridictions internationales. Le Règlement d'arbitrage C.N.U.D.C.I. adopté en 1976 et révisé en 2010, confie ainsi par exemple au Secrétaire général de la Cour Permanente d'Arbitrage (C.P.A.) le rôle de juge d'appui.

Aux conventions internationales s'ajoutent également des sources non obligatoires telles que les initiatives prises par la C.N.U.D.C.I. qui a élaboré un règlement d'arbitrage destiné à être librement adopté par les parties dans les contrats ou lors de la résolution de leur contentieux. Ce règlement est utilisé dans de nombreux arbitrages ad hoc. La C.N.U.D.C.I. a également rédigé une loi-type sur l'arbitrage commercial international le 21 juin 1985<sup>210</sup>, modifié en 2006<sup>211</sup>. Il s'agit d'un modèle de législation destiné aux États souhaitant réformer leur droit de l'arbitrage.

Les sources privées ont également une place importante dans l'arbitrage international. Le régime juridique de l'arbitrage international découle ainsi en partie des sources privées du droit. Les conventions d'arbitrage types proposées par les grands centres d'arbitrage – reprises telles quelle dans de nombreux contrats internationaux – ou les règlements d'arbitrage qui équivalent à « de véritables petits Codes de procédure arbitrale »<sup>212</sup> en sont les principaux exemples. Les parties, adhérant<sup>213</sup> à ces règlements pour régir leur procédure arbitrale, lui confèrent une véritable valeur contractuelle. Ils apportent

---

208. Art. 26 (4) Charte de l'énergie du 17 décembre 1994.

209. Martin T., Park J., « Global petroleum industry model contracts revisited : higher, faster, stronger », in *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 3, n° 1, Oxford University Press, 2010.

210. Voir Fouchard P., « La Loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », *JDI* 1987. 861.

211. Degos L. et Malinvaud C., *Cahiers de l'arbitrage* 2007/1, p. 5 et p. 12; Loquin E., *RD aff. int.* 2008. 103.

212. Fouchard P., Gaillard E., Goldman B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996 n° 369, p. 199.

213. TGI Paris (réf.), 22 janv. 2010, *Rev. arb.* 2010. 571, note Racine J.-B.

également de véritables usages<sup>214</sup> à l'arbitrage international. La jurisprudence arbitrale contribue également au développement de ces sources privées. La jurisprudence arbitrale<sup>215</sup> est le lieu de découverte et de mise en forme des principes généraux du droit du commerce international.

La place accordée à la volonté et le développement de sources non étatiques permettent à l'arbitrage international d'être une justice à part entière, distincte de la justice étatique. Mais l'arbitrage est-il totalement autonome par rapport aux ordres juridiques des États ?

L'autonomie de l'arbitre est évidente : il n'est pas investi dans ses fonctions par l'État et n'y est pas hiérarchiquement soumis. Par rapport à un juge judiciaire, l'arbitre n'a donc « pas de for ». Toutefois, cette conception de l'autonomie de l'arbitrage n'a pas toujours été acceptée. Pendant longtemps, la plupart des pays, estimaient que l'arbitrage était parti intégrante de l'ordre juridictionnel du pays où il a lieu. Cette théorie a été principalement développée par le juriste anglais Mann<sup>216</sup> selon lequel l'arbitre ne peut exercer sa fonction juridictionnelle que par délégation de l'État sur le territoire duquel est localisé le siège de l'arbitrage. Par conséquent, selon ce courant doctrinal, c'est la loi de l'État du siège qui gouvernera l'arbitrage dans son ensemble ou tout du moins autorisera le recours à la loi d'un autre État sur certains aspects. La localisation du siège était d'une importance fondamentale. Parallèlement, cela signifie également que ce sont les juridictions de l'État du siège qui auront vocation à reconnaître la valeur ou non de la sentence. Elles peuvent ainsi, dans ce système, par exemple, se prononcer sur l'annulation de la sentence, privant de toute existence juridique et efficacité la sentence dans les autres pays.

Cette conception de l'arbitrage a longtemps dominé en droit comparé et est encore très présente dans de nombreux pays<sup>217</sup> qui font preuve de conservatisme et conservent une approche « territorialiste » pour délimiter le champ d'application de leurs règles relatives à l'arbitrage international. Le droit suisse, le droit anglais, ou les droits qui se sont inspirés de la loi-type C.N.U.D.C.I. énoncent ainsi que leur droit s'applique aux arbitrages dont

---

214. Fouchard P., Gaillard E., Goldman B., *op. cit.*, note 214, n° 362, p. 196.

215. E. Loquin, « A la recherche de la jurisprudence arbitrale », in *La Cour de cassation, l'université et le droit, Mélanges en l'honneur d'A. Ponsard*, Litec, 2003, p. 213 ; E. Gaillard et Y. Banifatemi (dir.), *The Precedent in International Arbitration*, IAI, 2008 ; Guillaume G., « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *JDI*, 2010, p. 685.

216. Mann F., « *Lex Facit Arbitrum* », in *International Arbitration – Liber amicorum for Martin Domke*, La Haye, 1967, p. 157, reproduit in *Arbitration International*, 1986.241.

217. Voir ainsi Goode R., « The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial arbitration », *Arbitration International*, 2001, vol. 17, p. 17, spéc. p. 28 et s. ; Park W.W., « *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration* », *International & Comparative Law Quarterly*, 1983.21, spéc. p. 22 et s.

le siège est localisé sur le territoire national et seulement<sup>218</sup>. Elle est toutefois contestée aujourd'hui<sup>219</sup> et de nombreux systèmes juridiques s'en sont détachée, tel que le droit français. La doctrine française n'a d'ailleurs jamais réellement eu cette vision de l'arbitrage<sup>220</sup>. La Cour de cassation avait elle-même rejeté cette conception dès 1914<sup>221</sup>. Le droit français rejette clairement cette approche en donnant une vocation universelle à ses règles. Elles sont ainsi destinées à s'appliquer à l'ensemble des arbitrages se déroulant dans le monde<sup>222</sup>.

Toutefois, ce constat soulève de nombreuses questions notamment celles de l'origine de l'arbitrage. S'il n'est pas le fait de l'État sur le territoire duquel il a lieu, quel est alors son fondement. Pour certains, l'arbitrage fait plutôt parti de l'ordre juridique de la *lex mercatoria*, spontanément constituée par la communauté internationale des marchands pour répondre à un besoin spécifique d'autorégulation<sup>223</sup>. Pour d'autres, il y aurait un « ordre juridique arbitral » qui serait « entièrement fondé sur l'activité normative des États » mais la dépasserait. L'arbitrage international serait ainsi permis par le fait « qu'en réalité les États s'accordent largement sur les conditions qu'un arbitrage doit satisfaire pour être considéré comme un mode obligatoire de règlement des différends dont le résultat, la sentence arbitrale, mérite de recevoir la sanction des États »<sup>224</sup>. Certains considèrent, enfin, que l'arbitrage international n'est intégré dans aucun ordre juridique en particulier. Les arbitres seraient de simples personnes privées, tenant leur pouvoir de la seule volonté des parties à un contrat international qui y font appel, n'engageant par conséquent qu'elles-mêmes lorsqu'elles statuent. Cette thèse semble plus réaliste car les arbitres internationaux ne semblent pas se considérer comme liés à tel ou tel ordre juridique<sup>225</sup>.

---

218. art. 1er #2 de la loi-type C.N.U.D.C.I.

219. Voir Paulsson J., « *Arbitration Unbound : Award Detached from the Law of its Country of Origin* », *ICLQ* 1981.359 ; « *Delocalisation of International Commercial Arbitration : When and Why it Matters* », *ICLQ* 1983.53 ; Gaillard E., « Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », *JDI* 2007.1163, n° 24

220. Voir Laine A., « De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères », *JDI* 1899.641 ; Bartin E., « Principes de droit international privé, T.I », Domat-Montchrestien, 5e éd., 1930, #218 ; Niboyet J.-P., « Traité de droit international privé français, T. VI », Librairie du recueil Sirey, 1950, n° 1981 et s.

221. Req., 8 décembre 1914, *Salles*, *D.* 1914, I, p. 194 ; *JDI* 1916.1218. Voir également Req., 9 juillet 1928, *Cremades*, *D.* 1928, I, p. 173, note Cremieu L. ; S. 1930, I, p. 17 note J.-Niboyet P. ; Req., 27 juillet 1937, *Roses*, *D.* 1938, I, p. 25, rapport cons. Castets ; S. 1938, I, p. 25 ; JCP 1937, II, n° 449.

222. Voir Mayer P., « Rapport de synthèse », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, dir. Clay T., Lextenso éd., 2011, p. 219, spéc. p. 227 et s.

223. Audit M., Bollee S., Callee P., « Droit du commerce international et des investissements », LGDJ, 2014.

224. Gaillard E., « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *RCADI* 2007, V, t. 32, p. 49, n° 50.

225. Lagarde P., « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales – études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125, n° 19.

Se pose également une question pratique relative aux solutions concrètes qui ont été traditionnellement associées à la conception d'un arbitrage rattaché à un ordre juridique. L'arbitrage ne peut pas, en effet, être totalement dissocié d'un ordre juridique quelconque. Aucun droit ne consacre cette approche extrême qui nie tout rôle privilégié à l'ordre juridique du siège de l'arbitrage. Le droit français est un bon exemple de cet équilibre trouvé en pratique par les États dans le rattachement ou non de l'arbitrage à l'ordre juridique du siège. La jurisprudence française permet ainsi la reconnaissance de sentences annulées à l'étranger - confirmant l'idée d'un arbitrage totalement délocalisé - tout en attachant une grande importance à la localisation du siège. Le droit français n'est toutefois pas totalement indifférent à la localisation de l'arbitrage puisque certaines règles conduisent à des solutions différentes selon le siège de l'arbitrage. Les règles relatives à l'organisation des voies de recours contre les sentences en sont un exemple. Le droit français de l'arbitrage international, dont les dispositions figurent principalement dans le Titre II du Livre IV du Code de procédure civile s'applique principalement devant les juridictions françaises saisies pour trancher des questions de droit de l'arbitrage international. Les conventions internationales relatives à l'arbitrage n'ont en effet souvent pas vocation à s'appliquer. Le droit de l'Union européenne influence également les solutions rendues par des solutions éparses.

En outre, les parties peuvent faire le choix de « localiser » le siège de leur arbitrage. L'article 1511 al. 1 du code de procédure civile dispose en effet que « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies (...) ». Les parties peuvent faire le choix du droit applicable par une clause d'élection de droit ou dans un acte postérieur à la convention qui les lie. Elles font ainsi le choix d'un droit procédural national, elles désignent le pays où se déroulera le procès arbitral, entraînant l'application de la législation nationale relative à l'arbitrage international. Comme en application du principe d'autonomie, l'article 1511 al. 1 C.P.C. prévoit que si les parties n'ont pas choisi les règles de droit applicables au fond, l'arbitre tranche le litige « conformément à celles qu'il estime appropriées »<sup>226</sup>.

### **3. Le choix de hiérarchie normative**

Les parties peuvent également faire le choix du droit transnational. Le choix de la loi applicable au contrat peut ainsi consister en réalité à un choix de hiérarchie norma-

---

226. C. proc. civ., art. 1511, al. 1.

tive. L'article 30 du contrat pétrolier *British Virgin Island -Caprikat et Foxwhelp* R.D.C. prévoit ainsi que les litiges seront réglés par un arbitrage commercial international dont le siège sera Paris. Cependant, deux situations sont envisageables selon que la clause joue et entraîne l'application de l'arbitrage commercial international qui suivra le règlement de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.), ou les sociétés pétrolières peuvent saisir un tribunal arbitral d'investissement et la question du droit applicable sera, dans ce cas, régie par l'article 42 de la Convention CIRDI. Dans le premier cas, la loi choisie par les parties s'impose à l'arbitre. Le droit appliqué sera bien le droit de l'État-hôte, la loi de R.D.C., conformément au choix fait par les parties. Alors que dans le second cas, bien que le droit applicable soit là encore déterminé par le choix de loi exprimé par les parties dans le contrat, en l'absence d'un tel choix, le contrat sera régi par le droit national du pays-hôte ainsi que « les principes de droit international en la matière ». La jurisprudence arbitrale applique alors le droit international pour combler les lacunes du droit national et en corriger le résultat si ce dernier lui est contraire.

En pratique, dans les contrats étudiés, les arbitres seront ainsi saisis pour statuer sur la responsabilité de l'État – la R.D.C. - envers les deux sociétés extractives, sur le fondement d'une rupture dans l'application du traité par l'État. Les arbitres appliqueront alors les règles coutumières du droit de la responsabilité du droit international public, la codification opérée par la Commission du Droit International des Nations Unies (C.D.I.) dans ses Articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexés à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>227</sup>. Il ne resterait en ce dernier cas plus grand chose du droit national de l'État-hôte, le droit de la R.D.C.<sup>228</sup>

Les techniques de *forum shopping* peuvent ainsi permettre un choix de « hiérarchies normatives »<sup>229</sup>, choisissant l'application d'un ordre public particulier.

La hiérarchisation qui diffère d'un système juridique à l'autre à travers la hiérarchie des normes peut engendrer le repliement d'un système juridique sur lui-même (exemple des normes constitutionnelles) ou, le choix – qui est loin d'être entièrement libre – d'un niveau d'application plutôt que d'un autre par les acteurs de l'application du droit. Il existe en

---

227. Annuaire de la Commission du Droit International, 2001, Vol. II, Deuxième partie, [consulté le 13 décembre 2018]. Disponible à l'URL; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf)

228. Gaillard E., Banifatemi Y., « The meaning of “and” in Article 42(1), second sentence, of the Washington Convention : The role of international law in the ICSID choice of law process », *ICSID Review*, 2004, p. 375.

229. Bergé J.-S., *op. cit.*, note 162.

effet des voies de passage d'une hiérarchie définie à un niveau à une hiérarchie définie à un autre niveau. L'exemple est celui de l'affaire *Diallo*<sup>230</sup> où par le jeu de la protection diplomatique un conflit entre un État et un ressortissant étranger devient un conflit interétatique. Autre exemple, l'affaire *Melki*<sup>231</sup> à l'occasion de laquelle la Cour de cassation, le 16 avril 2010, a fait prévaloir la hiérarchie européenne (question préjudicielle) sur la hiérarchie française (question prioritaire de constitutionnalité), encadrant ainsi les choix de hiérarchie par les acteurs. La connaissance des différentes hiérarchies permet alors le choix d'un niveau d'application du droit plutôt que d'un autre, d'un *forum shopping* mondial un peu « effrayant », qui est en réalité un choix de hiérarchie normative.

Le choix de système juridique arbitral ou étatique consiste en réalité à choisir les institutions juridictionnelles d'un ordre pour faire primer sa hiérarchie sur une autre hiérarchie. Le contrôle de conformité des sentences arbitrales à l'ordre public réalisé par les juridictions étatiques ou les arbitres eux-mêmes est, en effet, si faible que les parties sont incitées à réaliser des choix de hiérarchies normatives ou d'ordres publics. Les parties peuvent, en effet, choisir l'application d'un ordre public plutôt qu'un autre afin que le premier permette l'application d'une législation plus favorable aux intérêts en cause dans leur contrat. En choisissant un ordre public qui leur semble plus favorable, les parties au contrat font le choix de l'application d'une hiérarchie normative en particulier.

Les sentences arbitrales internationales ne sont pas contrôlées par les systèmes juridiques nationaux dans le cas de l'arbitrage d'investissement. Le choix par une partie au contrat extractif de cet arbitrage est ainsi un choix d'opter pour une hiérarchie normative détachée du contrôle des États.

La source de l'arbitrage est la volonté des parties. Ce n'est que par une convention ou une clause insérée dans le contrat – la clause compromissoire – que les parties font en effet appel à l'arbitrage. De ce fait, l'arbitre n'a pas de *for*, il n'est le gardien d'aucun ordre public ni national, ni international ou transnational. L'arbitre statue sur la base du pouvoir conféré par les parties, sans être investi de la mission de juger par un État. Toutefois, bien que cela soit les parties qui confèrent aux arbitres leur pouvoir, elles ne peuvent le faire que dans la limite de la liberté qui leur est conférée, tant par l'ordre juridique international, que par les ordres juridiques nationaux qui ont vocation à régir la situation.

---

230. CIJ, 30 novembre 2010.

231. Cass., QPC, 16 avril 2010.

Les « raisons d'action »<sup>232</sup> de l'arbitre sont ainsi encadrées par l'acte de mission. Si les parties ont ainsi, par exemple, souhaité l'application des lois de police, l'arbitre appliquera ces lois. Dans le cas contraire, il ne les appliquera pas.

Par ailleurs, l'arbitrage d'investissement est une matière qui emprunte au droit public – quant aux règles de fond appliquées par les arbitres – et au droit privé – concernant les aspects procéduraux. Les juridictions arbitrales ne sont pas soumises à l'autorité du précédant de *common law*, il n'y a donc pas de hiérarchie normative entre ces juridictions. Les arbitrages extractifs argentins en sont un bon exemple. À la fin des années 90, la République d'Argentine procéda à une vaste privatisation de la gestion des ressources énergétiques - électricité, pétrole, gaz -. En 2001, une loi d'urgence, pour pallier une crise économique grave, obligea les concessionnaires à fournir l'électricité et le gaz à des tarifs réduits. Les concessionnaires ont ainsi demandé des arbitrages CIRDI<sup>233</sup> posant la même question à de nombreuses reprises devant des tribunaux différents pouvant donner lieu à des réponses différentes. Les jurisprudences arbitrales donnent ainsi naissance à un véritable droit transnational qui devient vraiment autonome par rapport à un droit étatique. Le tribunal arbitral n'étant pas lié par la décision d'un autre tribunal arbitral, le risque d'incohérence du contentieux arbitral est d'autant plus grand que les traités bilatéraux d'investissement contiennent des dispositions très semblables. Certains auteurs ou accords de libre-échange conclu récemment<sup>234</sup> souhaitent ainsi que soit instauré un système d'appel devant une juridiction internationale, à l'instar du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union Européenne<sup>235</sup>. Le tribunal arbitral lui-même poserait ainsi à une instance permanente une question d'interprétation d'un traité dans la mesure où l'intérêt de la réponse dépasserait le cas d'espèce. Cette instance répondrait exclusivement à la question de droit, permettant au tribunal arbitral de poursuivre le procès, une fois la réponse reçue.

Un véritable principe d'autonomie procédurale permet de faire le choix des règles de procédure applicables aux difficultés que pourraient rencontrer les parties au contrat international. De leur côté, les tiers au contrat peuvent également faire un grand nombre de choix. Ils peuvent choisir de participer au contrat extractif, ou faire un choix stratégique

---

232. Grisel F., « L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique », *Collection des thèses*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2011, p. 169.

233. Une trentaine d'affaires sont actuellement pendantes, [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid).

234. Accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et la République du Chili et accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et Singapour, <http://www.trade.gov/td/tic/>.

235. Art. 234 (ancien art. 177) du Traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957.

des juridictions compétentes.

### C. Le choix des tiers

Les tiers au contrat peuvent, dans un premier temps, dans certains cas, être consultés ou participer aux négociations du contrat extractif. Ils peuvent également intervenir aux contentieux entre les parties en négociant les litiges avec les parties au contrat ou en décidant de les assigner devant des juridictions nationales ou internationales, voire de saisir des institutions internationales. La négociation des litiges extractifs devient un véritable principe de procédure, même s'il est assez récent, entre les victimes privées d'un contrat et une société extractive. La signature d'un accord d'indemnisation constitue ainsi un véritable mode de résolution des litiges<sup>236</sup>.

Dans un second temps, les tiers « victimes » du contrat extractif peuvent choisir de faire un recours devant des juridictions différentes sur des fondements différents. L'exemple des plaintes déposées contre la société française Total en Belgique sur le fondement de la compétence universelle, en France sur le fondement de la compétence pénale personnelle, et aux États Unis sur le fondement de la responsabilité civile pour violation du droit international montre bien ces différents recours. La société transnationale pétrolière Française Total et son associé Américain *Unocal* unis dans l'exploitation d'un gigantesque chantier gazier en Birmanie ont, en effet, dû répondre à des mises en accusation pour complicité d'exactions commises par l'armée birmane qui était irresponsable pénalement en raison de l'immunité de juridiction absolue des États<sup>237</sup>.

Les tiers peuvent également faire le choix de saisir des juridictions internationales. Dans le conflit peuple *Kichwa contre Burlington Resources Ecuador Ltd.* un arrêt de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (C.I.D.H.) du 27 juin 2012 a ainsi condamné l'État Equatorien<sup>238</sup>. Les tiers peuvent enfin faire le choix de saisir des organisations internationales. De nombreux conflits ont ainsi été portés devant l'O.I.T. tels que ceux entre le peuple *Shuar* et *ARCO* (États-Unis), ou *Burlington Resources* (États-Unis) et la compagnie argentine *Compañía General de Combustible* – (C.G.C.)<sup>239</sup>. Tandis que d'autres

---

236. Voir par exemple l'accord signé entre la communauté *Achuar* et *Occidental Petroleum* en mars 2015.

237. Frydman B. et Hennebel L., « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une perspective stratégique », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, p. 73.

238. <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>.

239. Rapport de la Commission d'experts chargée d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Équateur de la Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Confédération équatorienne des syndicats libres (CEOSL).

contentieux ont été réglés par des conventions d'indemnisations telle l'*United Nations Compensation Commission* (U.N.C.C.), créée en 1991 comme un organisme subsidiaire du conseil de sécurité de l'ONU sur la base d'une de ses résolutions, ou encore l'*Eritrea Ethiopia Claims Commission* (E.E.CC) créée en 2000 par accord bilatéral sous l'égide de la *Permanent Court of Arbitration* (P.C.A.) pour réparer les dommages de guerre.

Les tiers peuvent, en outre, faire le choix de participer au contrat extractif ou au contentieux entre les parties à ce contrat. Les populations autochtones ont ainsi obtenu de nouveaux droits tels que celui d'être consultées<sup>240</sup>, voire de participer aux négociations du contrat extractif. Ainsi, par exemple, au Canada, pour la seule année 2014, plus de vingt décisions de justice ont contribué à définir le droit de consultation des populations indigènes sur les projets de développements économiques et donc extractifs. La Cour suprême a, par exemple, consacré un droit de consultation sur les terres bénéficiant d'un titre « aborigène land » qui emporte révocation du permis attribué par l'État à une société transnationale en cas de résultat négatif dans son arrêt du 26 juin 2014 *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*<sup>241</sup>. Les droits nationaux concernés introduisent dans leur ordre juridique national la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 17 septembre 2007 qui énonce que « *les États mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, afin de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et de statuer sur ces droits. Les peuples autochtones auront le droit de participer à ce processus* »<sup>242</sup>.

Cette participation peut également parfois devenir une véritable participation aux négociations du contrat extractif. Certaines sociétés extractives négocient ainsi directement avec les communautés villageoises proches des installations. En Afrique, Total<sup>243</sup>, négocie avec les *Oil & Gas families* (familles anciennement installées sur les sites de production) et les *Landlords* (anciens propriétaires fonciers), ou encore avec les *host community* qui comprend les *core communities* (qui abritent effectivement les puits et/ou les pipelines sur

---

Doc. GB.277/18/4, GB.282/14/2, 2000.

240. Tchamagni R., « Les nouvelles revendications foncières et l'activité extractive », in Lhuillier G., Ngwanza A. (dir.), *Le contentieux extractif, op. cit.*, note 21.

241. Arrêt de la Cour suprême du 26 juin 2014 *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*.

242. Art.27 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007.

243. Renouard C., « De la contribution de l'industrie extractive au développement socio-économique des populations riveraines », in Lhuillier G., Ngwanza A. (dir.), *Le contentieux extractif, op. cit.*, note 21.

leurs terres) et les *non core communities* (qui font partie du clan mais n'abritent pas d'installations)<sup>244</sup>.

Les tiers au contrat extractif peuvent, enfin, faire le choix de la participation au contentieux entre les parties extractives. Durant la procédure<sup>245</sup>, des informations sur les litiges peuvent ainsi être données, et des tiers autorisés peuvent produire des observations écrites proches des *amicus curiae* de la Cour suprême des États-Unis<sup>246</sup>. Le développement de la transparence des procédures arbitrales depuis l'Accord de Libre Echange Nord Américain<sup>247</sup>, la révision de la Convention de *Washington* en 2006 ou la révision en 2013 du Règlement d'Arbitrage C.N.U.D.C.I. montrent bien la place que peuvent prendre les tiers dans ce contentieux. Le Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. ne comprenait en effet aucune règle relative à la soumission d'écrit par une partie tiers au litige<sup>248</sup>. Cependant dans l'affaire *Methanex*<sup>249</sup> le tribunal avait autorisé la remise d'un mémoire provenant d'une partie tierce au motif qu'une telle action ne confère aucun droit supplémentaire à la tierce partie. L'entrée en vigueur du Règlement de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International sur la Transparence dans l'Arbitrage entre Investisseurs et États réglera la question<sup>250</sup>. Depuis 2006, la Convention de Washington permet, en outre, à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend de déposer une soumission écrite, tel que le montre l'affaire *Biwater* lors de laquelle le tribunal a permis à cinq Organisations Non Gouvernementales de déposer des mémoires<sup>251</sup>.

Les parties au contrat, les tiers ainsi que les juges et arbitres effectuent ainsi de nombreux choix pour déterminer la réglementation applicable au contrat international extractif, ainsi qu'au contentieux qui pourrait survenir lors de son application. Ces choix sont directement permis par les règles de droit national et international.

---

244. Lado H., Renouard C., « RSE et justice sociale : le cas des multinationales pétrolières dans le Delta du Niger », *Afrique et Développement*, Vol.XXXVII, No.2, 2012, p. 167.

245. Dugan C. F., Don Wallace J., Rubins N. D., Sabahi B., « *Investor-State Arbitration* », Oxford University Press, 2008.

246. *Methanex Corp. v. United States of America*, décision du 15 janvier 2001 [www.naftaclaims.com/disputes\\_us/disputes\\_us.6.htm](http://www.naftaclaims.com/disputes_us/disputes_us.6.htm); *Mealey's International Arbitration Report*, LexisNexis, vol. 16, no. 1, 2001, p. 6; *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, décision du 17 octobre 2001 [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com); *Agua del Tunari v. Republic of Bolivia*, lettre du Président du tribunal de janvier 2003, [www.earthjustice.org](http://www.earthjustice.org).

247. Le Gall A. J-P., « Fiscalité et arbitrage », *Rev. arb.* 1994, p. 3 et s. et 253 et s., spéc., pp. 24-28.

248. Paulsson J., Petrochilos G., *Revisions of the UNCITRAL Arbitration Rules*, report to UNCITRAL secretariat, 2006, pp. 8-9.

249. *Methanex v. United States*, (UNCITRAL/NAFTA), 15th Jan. 2001, para. 47-52.

250. Rapport du Groupe de Travail II Arbitrage et Conciliation sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (7-11 Février 2011, New York), C.N.U.D.C.I. 54ème Session, NU Doc. A/CN/.9/717, para. 23-26.

251. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5, 2nd Feb. 2007, para. 46-55.

Lors de l'exécution de la sentence, le droit international permet également aux parties de choisir la loi applicable.

# Chapitre 2 -

## Les choix de la loi dans l'exequatur

Lors de la procédure d'exécution de la sentence, les parties au contrat international extractif peuvent utiliser diverses techniques juridiques de droit national ou international afin de faire appliquer la décision litigieuse. L'étude du contentieux Chevron (Section 1) est exemplaire des techniques juridiques utilisées en droit international (Section 2).

### SECTION 1 - La pratique contentieuse

Dans le cas Chevron, emblématique de contentieux international extractif, alors que la société Chevron ne possède pas d'actifs en Équateur, les plaignants se tournent naturellement vers les tribunaux américains afin de faire exécuter la condamnation sur les biens et avoirs de la société présents aux États-Unis et obtenir l'exécution du jugement. A la suite des échecs pour faire exécuter la sentence des tribunaux équatoriens, l'association des victimes tente de faire exécuter la décision équatorienne dans quelque partie du monde où Chevron possède des actifs, ou détient des filiales. Jusqu'à présent, différents recours en exécution devant des juridictions étrangères tels que les États-Unis et le Canada ou encore le Brésil et l'Argentine ont ainsi été introduits par l'Upadt.

Chevron oppose cependant à cette exécution l'argument selon lequel les avocats et représentants des victimes auraient conspiré pour corrompre le juge équatorien. La firme prétend notamment que la décision finale aurait en grande partie été rédigée par les avocats des victimes ; elle s'appuie également sur le documentaire *Crude*<sup>252</sup>, réalisé par Joe Berlinger sur l'affaire Chevron-Texaco, dont certains passages font selon Chevron explicitement état de la volonté de Steven Donziger (l'un des avocats américains des victimes) de corrompre

---

252. [http://www.film-documentaire.fr/4DACTION/w\\_fiche\\_film/34734\\_1](http://www.film-documentaire.fr/4DACTION/w_fiche_film/34734_1)

et intimider la justice équatorienne.

Parallèlement à ces procédures, Chevron intente ainsi une action devant la Cour permanente d'arbitrage de la Haye dès 2006, selon le règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. Le fondement de la demande était l'article VI (3) du Traité bilatéral d'investissement (TBI) de 1993, qui disposait que les controverses qui surgiraient entre l'Équateur et les États-Unis relatives aux investissements de sociétés de ces pays seraient uniquement résolues par recours à l'arbitrage.

Ainsi, suite à la saisie du tribunal arbitral en vertu du TBI entre les États-Unis et l'Équateur, entré en vigueur en 1997<sup>253</sup>, et de l'application du règlement de la C.N.U.D.C.I., l'ordre est donné à la République d'Équateur de suspendre l'exécution du jugement de la Cour de Sucumbios<sup>254</sup> par le tribunal dans sa décision du 9 février 2011. L'article 26 du Règlement de la C.N.U.D.C.I.<sup>255</sup> autorise, en effet, le tribunal, à la demande d'une partie, à prendre des mesures provisoires en ce qui concerne l'objet du différend entre les parties.

La Cour permanente d'arbitrage de La Haye a rendu le 30 août 2018 une décision favorable à Chevron<sup>256</sup>, qui avait été condamnée par la justice équatorienne à verser une compensation de 9,5 milliards de dollars pour la pollution occasionnée par sa filiale Texaco dans la région amazonienne du pays. La sentence avait pourtant été confirmée par la Cour constitutionnelle de l'Équateur. Toutefois, la Cour, saisie dans le cadre d'une procédure dite de « règlement des différends entre investisseurs et États » (ISDS en anglais), a donné raison à cette dernière en estimant que la sentence équatorienne était entachée de corruption, et que Chevron s'était libérée de toute mise en cause par la signature d'un accord de compensation très partiel, jamais accepté par les personnes concernées. Les arbitres imposent, entre autres, à l'Équateur : que le Gouvernement équatorien annule la sentence que les plaignant-e-s ont légalement obtenue contre Chevron ; que l'État équatorien empêche les plaignant-e-s du Lago Agrio de chercher à faire exécuter la sentence en dehors de l'Équateur. Les arbitres ont ainsi sommé l'Équateur d'annuler la sentence et de couvrir les frais judiciaires liés à la procédure, d'empêcher les plaignants de poursuivre l'exécution de la sentence, et enfin de verser une compensation — d'un montant encore à définir — à Chevron.

---

253. Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 27 Août 1993.

254. *Chevron Corp. v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL Arbitration, PCA CASE NO. 2009-23, 9 february 2011.

255. Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I., révisé en 2010, est entré en vigueur le 15 août 2010.

256. PCA CASE NO. 2009-23, 30 August 2018, [consulté le 5 avril 2018]. Disponible à l'URL : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9934.pdf#page=1&zoom=auto,-82,842>.

Il s'agit, à travers cette sentence, d'une nouvelle illustration du rôle controversé de l'arbitrage international et des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, inclus dans de nombreux traités de libre-échange.

Par ailleurs, lors de la demande d'exequatur aux Etats-Unis Chevron obtient une *anti-suit injunction* à l'encontre du jugement équatorien<sup>257</sup>, ce qui implique de prohiber dans le monde entier l'engagement de poursuites à l'exécution de la sanction. Cette injonction préliminaire a pour objet "de prévenir un préjudice irréparable afin de préserver la capacité du tribunal de rendre une décision utile sur le fond (...) de garder les parties pendant le procès, autant que possible dans les positions respectives"<sup>258</sup>. La condition de préjudice irréparable est satisfaite s'il existe une « probabilité substantielle » que Chevron, en l'absence d'une injonction préliminaire, subisse un préjudice qui ne pourrait pas être annulé si Chevron l'avait emporté sur la demande de jugement déclaratoire<sup>259</sup>. En l'espère, divers éléments démontraient que les plaignants avaient l'intention de prendre rapidement diverses mesures d'exécution et de saisir des avoirs, de Chevron dans le monde entier afin de faire exécuter la décision rendue par le tribunal équatorien.

L'*anti-suit injunction* est « une mesure par laquelle un juge étatique interdit à un plaideur d'initier ou de poursuivre une procédure devant une juridiction étrangère »<sup>260</sup> L'*anti-suit injunction*, se révèle d'une efficacité redoutable pour éviter une injustice dans les cas où la procédure judiciaire intentée à l'étranger est déraisonnable ou constitue une fraude à la loi. Ce cas de figure se produit généralement lorsqu'une partie ne peut raisonnablement s'attendre à obtenir une compensation appropriée dans la juridiction étrangère en raison de considérations pratiques ou par faute d'avoir un procès équitable.

Par la suite, la Cour d'appel du second circuit de New York infirme la décision précédente de 2011 en réinterprétant l'*anti-suit injunction* comme *anti-enforcement injunction*<sup>261</sup>. Les juges estiment en effet que « *judgment-debtors can challenge a foreign judgment's validity under the Recognition Act only defensively, in response to an attempted enforcement—an effort that the defendants-appellees have not yet undertaken anywhere, and might never undertake in New York* »<sup>262</sup>. Ainsi, comme aucune action en exécution du

257. *Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F. Supp. 2d 581, S.D.N.Y. 2011, <https://www.courtlistener.com/opinion/2477256/chevron-corp-v-donziger/>.

258. *WarnerVision Entm't Inc. v. Empire of Carolina, Inc.*, 101 F.3d 259, 261-262 (2nd Cir. 1996).

259. Voir *Brenntag Int'l Chems., Inc. v. Bank of India*, 175 F.3d 245, 249 (2nd Cir.1999).

260. Clavel S., *Anti-suit injunctions et arbitrage*, Rev. arb., 2001, p. 669 et s.

261. *Chevron Corp. v. Naranjo*, 667 F.3d 232, 243, 2nd Cir. 2012.

262. *Ibid*, p. 4.

jugement équatorien n'avait été entamée, malgré la probabilité de celles-ci, l'interdiction des poursuites n'était pas juridiquement fondée.

Une injonction anti-exécution est une ordonnance d'un tribunal arbitral enjoignant à une partie à un accord d'arbitrage de ne pas faire exécuter une sentence ou un jugement d'un tribunal d'État. C'est l'une des nombreuses formes de mesure provisoire pouvant être prononcée par un tribunal arbitral et une forme spéciale d'injonction de justice. Dans une décision d'un tribunal arbitral suisse de mars 2011<sup>263</sup>, le tribunal arbitral a notamment jugé qu'une injonction anti-exécution est « intrinsèquement moins invasive » qu'une injonction contre une poursuite parce qu'elle n'interfère pas en soi avec le « pouvoir souverain du tribunal de l'État de statuer sur sa compétence ». Cela ne fait qu'empêcher le défendeur d'exécuter un jugement déjà rendu par le tribunal de l'État en attendant le règlement final du différend entre les parties à l'arbitrage. Cette injonction anti-exécution a été prise à l'encontre d'un défendeur dans le cadre d'un arbitrage en attente, enjoignant à eux-mêmes et à leur filiale de s'abstenir d'exécuter un jugement d'un tribunal allemand avant la décision finale rendue dans l'arbitrage.

Il est considéré que les injonctions anti-exécution peuvent constituer une alternative utile à une injonction anti-poursuite afin de protéger l'intérêt d'une partie à ce que le caractère exclusif et contraignant d'un accord d'arbitrage soit opposable, notamment dans les cas où les tribunaux arbitraux sont réticents à émettre une injonction anti-poursuite. Pour des raisons de courtoisie et de relations étrangères, un tribunal judiciaire ou une cour peut, en effet, être réticent à accorder une injonction contre une poursuite lorsque des procédures judiciaires parallèles ont été engagées devant une juridiction connue et respectée pour son système de justice fiable. La présomption inhérente à une telle injonction peut être que le tribunal étranger en question est incapable de traiter avec compétence la question de la compétence.

Ce type d'injonction n'est pas perçu comme une atteinte à la compétence d'un autre tribunal (la nature préventive d'une injonction contre une poursuite pouvant être interprétée comme telle), mais plutôt qu'il empêche directement le défendeur d'exécuter un jugement, dans l'attente d'un règlement définitif du différend entre les parties à l'arbitrage, procédure à laquelle les parties s'étaient engagées contractuellement.

Ces mesures provisoires soulèvent de nombreuses critiques notamment en ce qui concerne leur délicate compatibilité avec le principe de courtoisie internationale<sup>264</sup> et leur caractère

---

263. ICC case no. 17176, 10 March 2011.

264. « Manière d'agir dans les relations internationales déterminée non par une obligation juridique

extraterritorial.

Enfin, en mars 2014, la Cour du District Sud de New-York est saisie par des victimes équatoriennes qui voulaient faire saisir les actifs de Chevron aux États-Unis afin de faire exécuter la décision de condamnation de la justice équatorienne. Par la voix du juge Lewis A. Kaplan, la Cour rend une décision favorable à Chevron, considérant que les avocats de la communauté équatorienne ont produit de fausses preuves, versé plusieurs pots de vin aux professionnels de justice, et en grande partie rédigé la décision finale à la place de la Cour<sup>265</sup>. Le juge, tout en estimant que les plaignants poursuivent une « juste cause », souligne par ailleurs l’amateurisme de la justice équatorienne, et met en cause les compétences juridiques de ses acteurs. La décision, malgré son importance, a en effet été rendue par un juge assez jeune et peu expérimenté, augmentant ainsi les risques de pressions et de jeux d’influence. La décision est confirmée en appel ; la Cour Suprême a, depuis, confirmé la décision d’appel<sup>266</sup>. En refusant de se saisir de la demande, la Cour suprême confirme la validité d’un jugement d’une cour d’appel de New York qui avait elle-même entériné la décision du juge concluant à des fraudes et des actes de corruption. La décision de la Cour suprême américaine n’a toutefois pas d’effet hors des États-Unis et n’annule pas la sentence infligée par un tribunal équatorien qui oblige la société pétrolière à indemniser pour les dégâts écologiques occasionnés<sup>267</sup>.

Cependant, il faut souligner que, bien que le principe d’ordre public international de chaque pays se nourrisse de conceptions propres, en matière de corruption il existe un consensus sur la nécessité de la combattre à tous les niveaux et avec toutes les armes juridiques depuis le droit pénal jusqu’à la réparation civile, comme prévue dans de nombreux traités internationaux. Le consensus sur ce point permet de parler d’un ordre public véritablement transnational, ce qui justifierait le fait que tout État soit engagé dans son combat. Dans l’affaire Chevron, une solution qui prend en considération l’égalité entre les États pourrait à nouveau donner l’opportunité aux intéressés d’alléguer la fraude en Équateur et que celui-ci rejette la décision arbitrale s’il considère que la fraude n’est pas prouvée. Une autre option, en cas d’absence de consensus sur la corruption comme élément d’un ordre public mondial, à nos yeux, serait de porter l’affaire devant la Commission et

---

mais par des considérations de convenance et d’égards mutuels conformes aux exigences d’une bienséance réciproquement pratiquée » Cornu G., Vocabulaire juridique (Quadrige/PUF, 4ème ed.

265. Civ. 0691 (LAK) UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, March 2014, <http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=3794>.

266. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, No. 13-7103, (D.C. Cir. August 4, 2015).

267. Décision du 19 juin 2017

à la Cour interaméricaines de droits de l'homme, pour que l'allégation de corruption soit étudiée par un collège de juges engagés dans le respect des garanties procédurales prévues dans l'article 8 de la Convention américaine des droits de l'homme de 1969.

En parallèle, les plaignants intentent une procédure devant le juge canadien afin d'obtenir l'exécution du jugement. Alors qu'en septembre 2015, la Cour Suprême canadienne avait autorisé les plaignants à poursuivre Chevron et ses filiales canadiennes au Canada<sup>268</sup> (tout en laissant aux cours inférieures le soin de décider si Chevron-Canada est susceptible d'être reconnue comme propriété de Chevron Corp.), la Cour supérieure d'Ontario avait jugé en janvier 2017<sup>269</sup> que la filiale canadienne de la multinationale était une entité indépendante, ne réunissant pas les critères pour faire l'objet d'une exécution de la sentence équatorienne (ses biens ne pouvant en conséquence être saisis)<sup>270</sup>. Selon les juges, le jugement équatorien ne peut être exécuté contre Chevron Canada, qui est une entité distincte de Chevron Corp. Les plaignants ont ainsi fait appel de la décision. Le 23 mai 2018<sup>271</sup> les juges canadiens de la cour d'appel de l'Ontario confirment l'interprétation précédente tout en la précisant, et font obstacle à l'exécution du jugement de Sucumbios. La difficulté dans la présente affaire est que Chevron Corporation n'a pas de droits sur les actifs de Chevron Canada. Selon les juges, il ne suffit pas de dire que Chevron Corporation a un droit indirect sur les actifs de Chevron Canada, il doit exister un droit légal permettant la saisie des avoirs<sup>272</sup>. Le juge Nordheimer souligne toutefois qu'il peut y avoir des situations où l'équité exigerait une dérogation à l'application stricte du principe de séparation des sociétés dans le contexte de la force exécutoire d'un jugement valide, qu'il soit étranger ou national<sup>273</sup>. Cependant, il précise que la cour n'a pas été appelée à se prononcer sur la validité du jugement équatorien alors que, d'une part, bien qu'il y ait un jugement étranger apparemment valide, d'autre part, les tribunaux américains ont conclu que le jugement était obtenu par fraude. En conséquence, en l'absence d'étude de la validité du jugement équatorien, la

---

268. *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, Supreme Court of Canada, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4406.pdf>.

269. *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, 2017 ONCA 741, Court of Appeal for Ontario, January 2017, <http://www.hughesamys.com/docs/default-source/blawg-documents/yaiguaje-v-chevron-corporation-2017onca0741.pdf?sfvrsn=0>.

270. *Ibid.*

271. *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, 2018 ONCA 472, May 23, 2018, Court of Appeal for Ontario, <http://www.ontariocourts.ca/decisions/2018/2018ONCA0472.pdf>.

272. *Ibid.* p. 23.

273. *Ibid.* p. 52 « Is this court prepared to recognize that there may be situations where equity would demand a departure from the strict application of the corporate separateness principle in the context of the enforceability of a valid judgment, whether foreign or domestic? I suggest that that question should be answered in the affirmative while, at the same time, recognizing that the situations where such a remedy will be appropriate are likely to be rare and exceptional ».

cour d'appel de l'Ontario estime que ce dernier ne présente pas les circonstances suffisantes pour percer le voile corporatif<sup>274</sup>.

D'autre part, en 2017, lors de la demande d'exécution du jugement en Argentine, le juge argentin a refusé d'exécuter le jugement de Sucumbios au motif d'un lien trop faible entre les activités des filiales de Chevron dans son pays, et les faits imputés à Chevron Corp. en Équateur<sup>275</sup>. Le juge estime que les juridictions argentines ne sont pas compétentes quant à l'exécution de la sentence équatorienne.

De même, en octobre 2017, la Haute Cour de justice brésilienne a jugé la question dans des termes similaires, considérant qu'il serait juridiquement infondé d'exécuter la décision équatorienne sur des actifs présents au Brésil<sup>276</sup>. En pleine contestation, la société Chevron a allégué que l'homologation porterait atteinte aux garanties constitutionnelles d'un jugement juste et impartial, et a également argumenté que les tribunaux brésiliens n'avaient pas de compétence pour reconnaître de la décision en raison du fait qu'elle n'était pas définitive en Équateur<sup>277</sup>. Selon les juges l'exécution du jugement équatorien est, en conséquence, impossible sur les actifs de Chevron au Brésil, au motif de l'absence de compétence juridictionnelle et de l'entité distincte que constitue Chevron Brazil.

Les différentes procédures intentées par les victimes de l'affaire Chevron afin de faire exécuter la sentence équatorienne sont fondées sur différentes techniques juridiques. Les règles nationales d'exequatur ainsi que le principe de territorialité peuvent ainsi servir de base juridique aux choix des parties lors de l'exécution de la sentence. Par ailleurs, la notion d'ordre public est d'un intérêt réel lors du contrôle de la sentence arbitrale.

---

274. Ibid. p. 53 « Because of the manner in which this matter has proceeded, our courts have not yet been called upon to make their own determination of the validity of the Ecuadorian judgment. Absent such a finding, even on my approach to the judgment enforceability question, the circumstances here cannot rise to the level that would be necessary to conclude that the result is “too flagrantly opposed to justice” as to permit the corporate veil to be pierced. »

275. *Aguinda Salazar Marie y Otros v. Chevron Corporation s./ Exequatur y Reconocimiento de Sentencia Extr.* 97260/2012, 2017, 31 de octubre <http://theamazonpost.com/wp-content/uploads/2017/11/SE-RESUELVE.pdf>

276. Sec 8542 / Ex Sentença Estrangeira Contestada 2013/0081095-1 ; 29 de novembro de 2017.

277. Rapport n° 2811 de 2015. Sentence étrangère contestée N. 8.542/EC – CORTE ESPECIAL. Brasilia, DF, 11 mai 2015, [consulté le 12 avril 2018]. Disponible à l'URL : <http://s.conjur.com.br/dl/corruptcaojudicial-pgr-recomenda-nao.pdf>.

## SECTION 2 - La technique juridique

L'exequatur est une condition nécessaire pour que le jugement étranger bénéficie de l'autorité de la chose jugée et de la force exécutoire.

La procédure d'exequatur est en effet un préalable nécessaire à l'exécution forcée de la sentence. Ne jouissant pas de la force exécutoire de plein droit – à l'inverse des jugements français – la demande d'exequatur est nécessaire pour la partie qui souhaite faire exécuter le jugement. Selon l'article 1516 C.P.C., l'exequatur doit être demandée par voie de requête devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue ou, lorsque celle-ci a été prononcée à l'étranger, devant le Tribunal de grande instance de Paris. Statuant à juge unique, dans une procédure qui n'est pas contradictoire, le tribunal, par voie d'ordonnance, n'exerce qu'un contrôle restreint. L'exequatur peut, en effet, être obtenue simplement en établissant l'existence de la sentence – selon les stipulations de l'article 1515 C.P.C. – et en démontrant que sa reconnaissance ou son exécution n'apparaisse pas « manifestement contraire à l'ordre public international » (art. 1514 C.P.C.). Le contrôle restreint du juge français est, en outre, confirmé par l'absence de motivation de l'ordonnance accordant l'exequatur, alors que le refus d'exequatur doit l'être (art. 1517 al.3 C.P.C.). Cela suppose ainsi le contrôle de la compétence de la juridiction étrangère et de sa non-contrariété à l'ordre public international. Dans le cas Chevron, afin de faire exécuter le jugement équatorien dans différents pays où Chevron possède des actifs, les victimes ont ainsi demandé l'exequatur de la sentence, sans succès.

En ce qui concerne l'arbitrage commercial international, la convention de New York organise une reconnaissance des sentences arbitrales par chaque État signataire sans nécessité d'un examen au fond par le juge national. L'objet de la convention est en effet de faciliter l'exécution des sentences dans les différents États. L'article V paragraphe 2 (b) de la Convention de New York permet, par exemple en matière d'exequatur, à l'État du lieu d'exécution de la refuser si elle est « contraire à l'ordre public de ce pays »<sup>278</sup>. L'article VII précise que la sentence ne s'applique pas devant un droit national plus favorable, ce qui est le cas du droit français de l'arbitrage international où le contrôle du juge de l'exequatur est léger. Le choix de l'ordre public semble ainsi guider le choix pour un droit procédural spécifique en localisant l'arbitrage dans un pays ou un autre. Les diverses jurisprudences nationales ont cependant pour point commun de ne réaliser qu'un contrôle

---

278. Article V paragraphe 2 (b) de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958.

restreint des atteintes à l'ordre public international par les sentences arbitrales, souvent limité à l'illicéité « qui crève les yeux »<sup>279</sup>. Ainsi, en droit français, le contrôle du juge de l'exequatur ne porte que sur l'existence de la sentence et sa non contrariété manifeste à l'ordre public international. Aux termes de l'article 1515 C.P.C. il faut que l'existence de la sentence soit établie en produisant l'original ou une copie authentique de celle-ci. Elle doit ensuite ne pas être « manifestement » contraire à l'ordre public international<sup>280</sup>, c'est-à-dire une contrariété manifeste qui résulte de manière évidente d'une simple lecture de la sentence. Etant entendu que seul l'ordre public international est visé à l'exclusion de l'ordre public interne. Les refus d'exequatur sont ainsi en réalité rares<sup>281</sup>. Le véritable contrôle de la sentence est en réalité effectué par la Cour d'appel qui reçoit les recours à l'encontre de l'ordonnance qui *refuse l'exequatur*<sup>282</sup>.

Le contrôle du juge est, en effet, réalisé dans l'ordre public international procédural car il ne porte pas sur l'appréciation que les arbitres ont fait des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public invoquées, mais sur la solution donnée au litige. L'annulation n'est ainsi encourue que si son exécution heurte l'ordre public<sup>283</sup>, par exemple en raison de la violation des droits de la défense entraînée par la réticence de l'arbitre ou encore la fraude commise par l'une des parties ayant une incidence sur la décision. L'arbitrage est ainsi habilité à s'écarter du choix des parties en application de l'ordre public international et des lois de police<sup>284</sup>.

Le droit canadien, pour sa part, autorise l'exécution d'un jugement étranger s'il respecte trois conditions. Il doit avoir été rendu par un tribunal compétent, ne plus être susceptible

---

279. De Vareilles-Sommières P., « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for (remarques en marge des solutions françaises envisagées sous le rapport de l'ordre public substantiel) », *Journal du droit international*, Clunet n° 3, Juillet 2014, doctr. p. 12; Radicati Di Brozolo L., « A propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 novembre 2004, l'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international », *Rev. arb.*, 2005, p. 543; Malan A., « L'introuvable critère du contrôle de l'ordre public par le juge de l'exequatur des sentences arbitrales (ou les suites de l'arrêt Thalès) », Petites affiches, 26 mars 2009 n° 61, p. 8; Seraglini Ch., « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation) », *Gazette du Palais*, 22 octobre 2005 n° 295, p. 5; Seraglini Ch., « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Gazette du Palais*, 21 mars 2009 n° 80, p. 5.

280. Art. 1514 C.P.C.

281. A titre d'exemple, TGI Paris (ord.), 2 févr., 1996, *Rev. arb.* 1998. 577 refusant *l'exequatur* d'une sentence contraire à la règle de suspension des poursuites individuelles en matière de procédures collectives.

282. Art. 1523 C.P.C.

283. CA Paris, 27 oct. 1994, *LTDC c. Sté Reynolds*, *Rev. arb.* 1994. 709; 14 juin 2001, Tradigrain, *Rev. arb.* 2001. 773, note Séràglini C.; Mayer P., « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.*, 1994, p. 615.

284. Paris, 2 juin 2004, Cineco, *Rev. arb.* 2005. 673, 2e esp., note Racine J.-B.

d'appel - la décision doit ainsi être valide et définitive -, et l'ordonnance est suffisamment précise. Il existe, en effet, deux manières de faire exécuter, au Canada, une décision rendue par un tribunal étranger. La première a été établie dans la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'affaire *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*<sup>285</sup>. La deuxième est prescrite par les lois sur l'exécution réciproque des jugements, comme dans la Loi sur l'exécution réciproque de jugements (Royaume-Uni)<sup>286</sup>, lorsque le jugement en question a été prononcé dans un territoire assujéti à une loi sur l'exécution réciproque des jugements.

En application du droit canadien, un tribunal étranger est réputé « compétent » si la partie en question se trouve sur le territoire du tribunal ; si la partie y acquiesce autrement (en reconnaissant la compétence du tribunal, soit par consentement ou par son comportement) ; ou s'il existe un « lien réel et substantiel » entre le tribunal étranger ou l'État d'origine et la partie au litige ou l'objet du litige. Ce troisième critère de la compétence d'un tribunal est souvent appelé la « compétence présumée ». Dans l'arrêt *Chevron*, la Cour suprême confirme<sup>287</sup> qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un « lien réel et substantiel » entre le tribunal de destination national (p. ex. le Canada) et l'objet du litige ou le défendeur (p. ex. la présence de biens appartenant au défendeur), mais que l'établissement de la compétence du tribunal d'origine repose plutôt sur l'existence d'un lien réel et substantiel entre l'État d'origine et le défendeur ou l'objet du litige<sup>288</sup>. Dans l'arrêt *Chevron*, les demandeurs cherchaient à faire exécuter une décision leur accordant un montant considérable à titre de dommages-intérêts rendue par un tribunal équatorien. Les demandeurs ont déposé devant un tribunal ontarien une requête en reconnaissance et en exécution de ce jugement contre le défendeur, *Chevron Corporation*, et une filiale

---

285. 3 R.C.S. 1077, 1990.

286. Loi sur l'exécution réciproque de jugements [Royaume-Uni], L.R.O. 1990, chap. R.6.

287. Dans l'arrêt *Muscutt*, la Cour a établi huit facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte pour décider s'ils ont compétence à l'égard d'un litige (*Muscutt c. Courcelles*, 2002 OJ No 2128 (C.A.), paragr. 77-111) : i) le lien entre le forum et l'action du demandeur ; ii) le lien entre le forum et le défendeur ; iii) l'injustice pour le défendeur si le tribunal se reconnaissait la compétence ; iv) l'injustice pour le demandeur si le tribunal ne se reconnaissait pas la compétence ; v) la présence d'autres parties à l'instance ; vi) la volonté de la Cour de reconnaître et d'exécuter un jugement extraprovincial rendu sur la même base de compétence ; vii) la nature interprovinciale ou internationale de l'affaire ; et viii) la courtoisie judiciaire et les normes relatives à la compétence, à la reconnaissance et à l'exécution des jugements en vigueur ailleurs. La Cour suprême a « simplifié et clarifié » (*Sincies Chimentin Spa (Trustee of) v. King*, 2012 ONCA 653, paragr. 7.) le droit à cet égard dans l'arrêt *Van Breda* et a établi quatre facteurs permettant de présumer de la compétence d'un tribunal : le défendeur a son domicile dans la province ou y réside ; le défendeur exploite une entreprise dans la province ; le délit a été commis dans la province ; un contrat lié au litige a été conclu dans la province (*Van Breda c. Village Resorts Ltd.*, 2012 CSC 17, paragr. 90.). À noter que la Cour suprême dans l'arrêt *Van Breda* a expressément restreint la portée de son analyse à une « instance relative à un délit » ; cet arrêt pourrait par conséquent ne pas s'appliquer à un litige qui ne relèverait pas du droit de la responsabilité civile.

288. *Chevron Corp c. Yaiguaje*, 2015 CSC 42, paragr. 75-77.

indirecte canadienne. Les défendeurs ont déclaré que le tribunal ontarien n'avait pas la compétence requise pour exécuter le jugement parce que le débiteur judiciaire (Chevron Corporation) ne possédait aucun bien en Ontario. Chevron Corporation a pour sa part invoqué que l'absence de « lien réel et substantiel » entre elle ou l'objet du litige et l'Ontario ne permettait pas au tribunal ontarien de se déclarer compétent à l'égard de l'exécution du jugement étranger. La Cour suprême a rejeté cet argument et a fondé sa décision sur les principes de la courtoisie judiciaire :

« Les opérations et les interactions transfrontalières continuent de se multiplier. Parallèlement, la courtoisie exige que les tribunaux soient de plus en plus disposés à reconnaître les actes accomplis par d'autres États. Cela est essentiel pour permettre aux particuliers et aux entreprises de poursuivre l'exercice de leurs activités internationales sans craindre qu'en s'engageant dans de telles relations, ils compromettent leurs droits ou y renoncent ». <sup>289</sup>

Les plaignants, dans l'affaire Chevron, ont ainsi tenté de faire exécuter la sentence équatorienne par la saisie des actifs et actions de Chevron Canada, sous-filiale du groupe Chevron Corp dans ce pays. Toutefois, les juges, dans cette affaire, estiment que la loi sur l'exécution forcée <sup>290</sup> ne permet juridiquement pas de faire exécuter par une filiale canadienne un jugement prononcé à l'encontre de Chevron Corp, une entité étrangère non partie au procès. Seule une levée du voile corporatif – possibilité récusée en l'espèce – pourrait autoriser cette saisie.

La société Chevron a également été poursuivi dans ces différents pays sur la base de ce qu'on appelle « l'extraterritorialité du droit américain ». Ce sont des lois qui permettent de poursuivre des sociétés non américaines à l'étranger, à condition qu'elles aient un lien avec les États-Unis. Sauf que ce lien est extrêmement large, puisqu'il suffit que les sociétés effectuent une transaction en dollars ou qu'elles utilisent une technologie américaine pour que des poursuites puissent être engagées.

En 1977, les Américains adoptent une loi anticorruption, baptisée « FCPA » (Foreign Corrupt Practices Act) <sup>291</sup>, qui fait suite à un énorme scandale de pots-de-vins chez l'avion-

---

289. Arrêt Chevron, *op. cit.*, note , paragr. 75.

290. Loi sur l'exécution forcée des jugements pécuniaires, LN-B 2013, c 23.

291. Le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) est une loi fédérale américaine de 1977 pour lutter contre la corruption d'agents publics à l'étranger. Cette loi a un impact international. Elle concerne l'ensemble des actes de corruption commis par des sociétés ou des personnes, américaines ou non, qui sont soit implantées aux États-Unis, soit simplement cotées en bourse sur le territoire américain ou qui participent d'une manière ou d'une autre à un marché financier régulé aux États-Unis. Elle est notamment mise en œuvre par l'*Office of Foreign Assets Control*.

neur Lockheed. Les Américains estiment que leur loi anticorruption les pénalise dans la compétition économique. Or, leur volonté de puissance économique s'impose comme un véritable objectif stratégique, après la chute du mur de Berlin, en 1989. Ainsi, en 1993, le secrétaire d'Etat américain Warren Christopher réclame au Congrès des moyens suffisants pour faire face à la compétition économique mondiale. La loi anticorruption américaine va ainsi avoir une portée internationale et être élargie à toutes les sociétés en 1988 lorsque les États-Unis ont ratifié la « Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales »<sup>292</sup>, signée par l'OCDE en décembre 1997. Cette convention, dont la mise en place aurait été largement influencée par les États-Unis<sup>293</sup>, leur permet aujourd'hui de développer une hégémonie juridique en matière de lutte anticorruption dans le monde. Tout un ensemble de lois est également mis en place contre le contournement d'embargos ou la fraude fiscale. Il s'agit de contrer l'émergence des nouvelles puissances comme la Chine, devenue le concurrent numéro un des Américains. Toutefois, les procédures lancées par les Américains ne sont pas toujours dénuées d'arrière pensées géopolitiques. Ainsi, BNP-Paribas a été condamnée à 9 milliards de dollars d'amende, en 2014, pour ne pas avoir respecté l'embargo avec Cuba et l'Iran.

Mais la procédure américaine ne s'arrête pas là. Au terme de cette remise aux normes anglo-saxonnes, la société est généralement placée ensuite sous surveillance. C'est ce qu'on appelle la phase de « monitoring ». Un « moniteur », c'est-à-dire un expert au service de la justice américaine, est désigné pour trois ans afin de surveiller la bonne marche de la société et vérifier qu'elle remplisse toutes ses obligations de conformité. La récente loi Sapin II<sup>294</sup> se veut d'ailleurs être une réponse à cette situation, en se plaçant sur le terrain des Américains. Elle a notamment mis en place une forme de transaction pénale, baptisée « Convention d'intérêt public » permettant à la société de négocier une amende pour éviter un procès<sup>295</sup>. Elle introduit également une disposition extraterritoriale, qui élargit les poursuites de la corruption à l'étranger. Ainsi, une société américaine qui ferait du chiffre d'affaire en France et qui aurait commis des actes de corruption dans un autre pays,

---

292. [http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery\\_FR.pdf](http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf)

293. Breen E., *FCPA. La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, coll. Pratique des affaires, Joly éditions, 2017.

294. Loi Sapin II relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016. Autre nouveauté introduite par la Loi Sapin 2 : la création d'une agence française anticorruption. Cette agence a pour mission d'aider les entreprises à éviter les risques de corruption.

295. C'est ce qui s'est passé récemment avec la banque HSBC, qui a payé 300 millions d'euros d'amende. [https://www.francetvinfo.fr/economie/fraude/economie/fraude/swissleaks/info-radiofrance-la-procureure-du-parquet-national-financier-s-exprime-sur-l-amende-de-300-millions-d-euros-infligee-a-hsbc\\_2472270.html](https://www.francetvinfo.fr/economie/fraude/economie/fraude/swissleaks/info-radiofrance-la-procureure-du-parquet-national-financier-s-exprime-sur-l-amende-de-300-millions-d-euros-infligee-a-hsbc_2472270.html)

pourrait désormais être poursuivie par la justice française. Ces « stratégie[s] délibérée[s] des États-Unis [qui] consiste[ent] à mettre en réseau leurs agences de renseignements et leur justice afin de mener une véritable guerre économique à leur concurrents, estime l'ancien député Pierre Lellouche – qui a présidé une mission d'information parlementaire sur le sujet<sup>296</sup>. Ainsi, ces dernières années, par cette technique, plus de 20 milliards de dollars d'amende ont été infligés par la justice américaine à des sociétés européennes.

Le principe de territorialité de la loi est l'un des axiomes les plus intangibles de la pensée juridique, « le « postulat » selon lequel le Droit en vigueur dans un territoire, d'une part, est seul applicable dans ce territoire, et d'autre part, n'a pas d'effet hors de ce territoire »<sup>297</sup>. Ce principe d'application territoriale du droit est justifié par l'indépendance et la souveraineté des États sur leur territoire<sup>298</sup>. Le droit international affirme en effet que sur le territoire d'un État est interdit tout exercice de la puissance d'un autre État<sup>299</sup> et qu'un droit « extraterritorial » heurte le principe selon lequel l'État peut seul créer des règles de droit et les faire appliquer sur son territoire national<sup>300</sup>. Le principe de souveraineté territoriale est donc une des bases essentielles des rapports internationaux dont le droit international a déduit le principe de non-intervention interdisant tant l'intervention « directe » que constitue une intervention militaire<sup>301</sup> que l'intervention « indirecte » que serait une intervention normative sur le territoire d'un autre État<sup>302</sup>.

La territorialité est le principe qui gouverne la création et l'application des règles de droit, mais trois situations exceptionnelles d'extraterritorialité des règles de droit sont cependant prévues par le droit international lui-même. La compétence d'un État n'est en effet pas seulement territoriale, le droit international pouvant permettre des cas d'extraterritorialité du droit. Ainsi, un droit étranger ou international peut être appliqué par un État sur son territoire national, un État applique son droit national à une situation juridique se réalisant sur le territoire d'un autre État et enfin un État applique des règles de droit

---

296. <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4082.asp>

297. Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 9ème éd., 2011.

298. Le territoire est « le principe structurant d'une communauté politique ». Alland D., Rials S., « Territoire », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1475.

299. Principe de territorialité qui pour effet « d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance (d'un État) sur un autre État », C.P.J.I., Affaire dite du Lotus, Rec. Série A, n° 10, 7 septembre 1927.

300. Tout acte d'un État étranger qui contraindrait un autre État sur son territoire serait en effet contraire à l'indépendance et à la souveraineté territoriale de cet État c'est à dire « le droit d'y exercer... les fonctions étatiques », Sentence arbitrale Iles des Palmes, R.S.A., II, p. 181.

301. C.I.J., Détroit de Corfou, Rec. 1949 p. 35. La marine Anglaise ayant déminé le détroit de Corfou, territoire Albanais, sans l'autorisation du gouvernement albanais qui s'y était opposé, est condamné par la C.I.J. sur ce point dans l'arrêt du 9 avril 1949.

302. Résolutions AGNU 2131 (XX), 2625 (XXV), 31/91, 36/103.

nées dans un espace non territorial et a-national, tel le droit de la société internationale des marchands.

Le droit transnational reste cependant une aberration pour les théories classiques du droit international et de l'État<sup>303</sup>. L'extraterritorialité est en effet une « situation dans laquelle les compétences d'un État (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit État »<sup>304</sup>.

Dans le cas des *foreign-cubed class* actions aux États-Unis par exemple, l'extranéité est triple : la justice américaine est saisie d'une action de groupe par des investisseurs étrangers, agissant à l'encontre d'un émetteur étranger en raison d'opérations sur un marché financier réalisées à l'étranger<sup>305</sup>. La compétence étatique extraterritoriale peut, en effet, reposer sur un titre personnel c'est-à-dire par exemple sur le lien de nationalité lorsque l'auteur (compétence personnelle dite active) ou la victime (compétence personnelle dite passive) a la nationalité de l'État. Un dirigeant de société peut ainsi être attiré devant une juridiction nationale afin de lui appliquer le droit pénal national alors même que les faits incriminés ont été réalisés à l'étranger. La compétence peut aussi être réelle ou encore « de service public », lorsque la situation porte atteinte à un intérêt fondamental de l'État, tel en matière de corruption de fonctionnaires. Une compétence universelle peut aussi parfois être invoquée unilatéralement par un État en matière pénale ou civile pour appliquer une règle de droit international ou même appliquer son droit national à des faits réalisés en dehors de son territoire national. Ainsi, par exemple des dirigeants de sociétés étrangers peuvent alors être jugés par un État pour des faits réalisés à l'étranger. Ces exceptions au principe de la territorialité du droit ont pour fondement le droit international qui permet une extraterritorialité du droit.

L'extraterritorialité peut être aussi, désormais, une obligation du droit international. Les obligations extraterritoriales des États en matière de droit de l'homme par exemple sont de plus en plus nombreuses dans les traités internationaux et imposent aux États<sup>306</sup> et aux acteurs privés<sup>307</sup> d'agir au-delà de leur ressort territorial ou de leur État d'incorpora-

---

303. Braud P., *Penser l'État*, Paris, Seuil, Point, 2004.

304. Salmon J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant / Agence universitaire de la Francophonie, Bruxelles, 2001, p. 491.

305. Rontchevsky N., « Réparation du préjudice des actionnaires victimes de manipulations ou de tromperies en matière financière : des *foreign-cubed class* actions à une action de groupe à la française ? », *RTD Com.*, 2011, p. 753.

306. Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, I.C.J., 28 septembre 2011.

307. Kinley D., and Chambers R., « The UN Human Rights Norms for Corporations : The Private Implications of Public International Law », *Human Rights Law Review*, 2006 Vol. 3, p. 20.

tion à l'égard des personnes localisées au-delà de leurs frontières nationales. Le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a ainsi adopté en juin 2014 la résolution 26/9 sur l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme visant à ce que les États s'assurent que les sociétés transnationales qui sont incorporées sur leur territoire respectent tous les droits humains, y compris le droit international en matière de droits humains, le droit international du travail et les normes internationales en matière d'environnement, lorsqu'elles opèrent à l'étranger. Il s'agit ainsi, de plus en plus souvent, pour un État de donner un effet international à ses lois ou ses engagements internationaux, et, en conséquence, de donner à ses règles de droit un effet sur le territoire d'un autre État.

En droit, l'extraterritorialité est une notion qui recouvre plusieurs sens. Son application aux États-Unis en revêt toutes les formes : elle est normative (FCPA), exécutive (le *Department of justice*, le DOJ, applique le FCPA) et juridictionnelle lorsque les juges américains s'estiment compétents pour traiter les cas d'extraterritorialité. A travers le FCPA, par l'application des trois composantes de l'extraterritorialité, les États-Unis poursuivent un double objectif : sous couvert d'une lutte contre la corruption c'est aussi un moyen pour mener une guerre économique par le droit, permettant parfois d'acquérir des sociétés étrangères. Le FCPA permet ainsi aux États-Unis de poursuivre toute personne physique ou morale ayant pratiqué la corruption, s'il existe un lien de rattachement entre l'infraction et le territoire américain. À ce titre, la force de cette loi réside dans son interprétation. En effet, le système de rattachement n'étant pas énoncé par la loi, les autorités américaines peuvent user de nombreux moyens pour s'assurer d'un rattachement entre les faits et leur pays<sup>308</sup>. À titre d'exemple, le lien retenu par les autorités américaines dans le cas de l'affaire Alstom était le dollar, devise utilisée lors des transactions entre la société et les décisionnaires thaïlandais. Ainsi l'interprétation extensive de ce lien permet aux États-Unis d'utiliser l'extraterritorialité à la fois comme un moyen de lutte contre la corruption et *a fortiori* comme une arme économique<sup>309</sup>.

Il existe aujourd'hui peu de moyens de lutte contre l'extraterritorialité. L'exemple de

---

308. Ainsi, par exemple, une société suisse qui commet un acte de corruption en Lituanie peut être poursuivie aux États-Unis et condamnée à verser aux autorités américaines une amende vertigineuse dont pas un centime n'ira au pays victime. Utiliser le dollar US pour payer un pot-de-vin ou le fait, pour un individu engagé dans un acte de corruption, de correspondre par l'intermédiaire d'un service de messagerie américain tel que Gmail ou Facebook permet de poursuivre n'importe quel individu ou société aux États-Unis, quelle que soit sa nationalité ou le lieu de son siège. Et cela même si aucun américain ou entreprise américaine n'est impliqué.

309. Alstom a été rachetée par *General Electric*s au moment où elle était mise en cause pour corruption.

la réaction à la loi *Helms-Burton* en 1996 peut fournir une piste de réflexion puisque la pression internationale a permis de modifier la législation américaine. D'une manière générale, les États doivent s'adapter pour faire respecter la législation anticorruption. Ainsi, en mars 1996, les États-Unis votent la loi *Helms-Burton* pour renforcer le blocus américain autour de l'île de Cuba, en vigueur depuis la prise de pouvoir de Fidel Castro en 1959. Cette loi étend à toute personne ou société étrangère l'interdiction de commercer des biens américains qui ont été nationalisés par le nouveau régime entre 1959 et 1961. Elle dispose par ailleurs d'un caractère rétroactif, c'est-à-dire qu'elle peut s'appliquer aux échanges qui ont déjà eu lieu. Ayant un caractère extraterritorial, elle a été dénoncée<sup>310</sup> devant l'Organisme de Règlement des Différends (ORD) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) par l'Union Européenne (UE), dès avril 1996. Face à la pression internationale, notamment européenne, et à la menace de sanctions économiques, les États-Unis ont restreint ses modalités d'application.

Les États-Unis sont le premier pays à s'être saisi de cette question d'extraterritorialité, constituant ainsi leur hégémonie juridique puis économique. Ce n'est que depuis quelques années que les puissances européennes tentent d'y répondre. Néanmoins, les moyens de lutte s'avèrent aujourd'hui bien minces. La mise en place de législations anticorruption en Europe (Royaume-Uni<sup>311</sup>, France) résonne, en effet, plus comme un moyen de défense et un aveu de faiblesse. Plus particulièrement, la loi Sapin II, bien que votée pour riposter à l'extraterritorialité américaine, n'est pas véritablement à la hauteur.

Ces différentes affaires illustrent la mise en œuvre pratique des règles d'exequatur et d'extraterritorialité afin de faire exécuter la sentence équatorienne.

Les différentes demandes d'exequatur montrent également que les victimes équatoriennes cherchent à soumettre leur affaire à un ordre public international qui leur ait favorable à travers les règles d'extraterritorialité.

Les parties à un contrat extractif international font ainsi appel à différentes techniques de choix d'un ordre public lors de l'exécution d'une sentence.

Le choix du site de l'arbitrage extractif constitue, par ailleurs, également un choix d'ordre public. Le contrôle de la conformité de la sentence à un ordre public international dont

---

310. [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds38\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds38_f.htm)

311. Le *UK Bribery Act* a ainsi été votée au Royaume-Uni, en 2010, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>

les contours dépendent de la jurisprudence nationale ne sera, en effet, pas le même devant les juridictions algériennes, anglaises, françaises ou suisses<sup>312</sup>.

Selon l'article 6 du Code civil, le contrat doit respecter l'ordre public et les bonnes mœurs. Cela restreint ainsi la liberté contractuelle. Le lexique des termes juridiques précise que l'ordre public est « une conception d'ensemble de la vie en commun sur le plan politique et administratif. Son contenu varie [...] du tout au tout selon les régimes »<sup>313</sup>. En droit international privé, l'ordre public est une « notion particulariste d'un État ayant pour effet de rejeter toute règle ou décision étrangère qui entraînerait la naissance d'une situation contraire aux principes fondamentaux du droit national ».<sup>314</sup> Le vocabulaire juridique précise que l'ordre public sert à caractériser certaines règles qui s'imposent avec une force particulière et par extension à désigner l'ensemble des règles qui présentent ce caractère<sup>315</sup>.

Traditionnellement, l'ordre public a pour but de résoudre un conflit entre deux sources de règles juridiques. En droit civil français, la notion d'ordre public marque la supériorité des règles protégeant l'intérêt général sur les règles conventionnelles protégeant les intérêts particuliers. L'ordre public repose sur une hiérarchie de valeurs. Dans un système juridique, il existe en effet un ordre de valeur supérieur placé hors des atteintes des normes étrangères, l'ordre public international, car son respect est nécessaire à « la cohésion de la société française »<sup>316</sup>. Il est le « rocher » sur lequel se construit la société<sup>317</sup>.

Le rôle de l'ordre public étant la défense des intérêts essentiels de la société française, l'ordre public est une notion souple qui doit pouvoir être adaptée aux besoins de l'époque et aux situations particulières. L'ordre public est une notion évolutive dont l'état descriptif est toujours à reprendre<sup>318</sup>. Ainsi, dans le silence des textes – bien que pour la doctrine du XIXe siècle seul le législateur pouvait limiter la liberté contractuelle – les juges peuvent conférer un caractère d'ordre public à une disposition s'ils estiment que son respect est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société française. Mais cela ne donne pas au juge un pouvoir arbitraire. Il doit, en l'absence de texte précis d'ordre public, s'inspirer de l'ensemble des textes en vigueur au jour où il statue.

---

312. Kaufman G., « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation », *Rev. Arb.* 1999, p.517

313. *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 5e éd., p. 439.

314. *Ibid.*

315. Cornu, *op. cit.*, note 1.

316. Francescakis P., *Répertoire de droit international*, Dalloz, V° Ordre public, n° 9

317. Carbonnier J., in Revet T. *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 1.

318. Ghestin J., « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant 1984, p. 77 et s.

L'ordre public est présent dans le droit du commerce international, mais il n'est pas toujours facile de savoir quels sont les règles et principes qu'il faudra respecter. L'ordre public interne a par exemple son rôle à jouer. Les parties ont, en effet, la liberté de choisir la loi applicable, c'est-à-dire toutes les règles faisant partie de cette loi, y compris les règles impératives. Les parties doivent donc respecter l'ordre public interne de la loi choisie. L'ordre public d'« éviction », également appelé ordre public « international »<sup>319</sup>, intervient également dans les contrats internationaux. La loi étrangère désignée par une règle de conflit peut être évincée par le juge du for si elle est contraire à l'ordre public. Dans ce cas – dont les applications sont rares en pratique<sup>320</sup> – l'ordre public entraîne la non application de la loi normalement applicable. Le rôle reconnu à la volonté permet de désigner la loi applicable au contrat. Le système de conflit de lois est ainsi parfois fondé sur un critère subjectif quand les parties ont opéré un choix, parfois sur des critères objectifs quand elles s'en sont abstenues. Pour autant, la volonté n'est pas toute puissante, car la force obligatoire d'un contrat ne vient pas de la promesse en elle-même, mais de la valeur que la loi confère à la promesse<sup>321</sup>. Les contrats internationaux restent ainsi soumis aux lois de police que les parties aient ou non choisi la loi applicable à leur contrat.

C'est par le jeu de la technique des lois de police que la place de l'ordre public est la plus manifeste en matière de contrats internationaux. Il s'agit de dispositions qui s'appliquent immédiatement en écartant ainsi la méthode des conflits de lois. Les lois de police sont des dispositions internationalement impératives car le juge doit les appliquer de manière immédiate, avant même de s'interroger sur la loi applicable à un rapport juridique. Une loi de police est une disposition de droit interne qui s'applique et s'impose en matière internationale. Ainsi en application de l'article 7 de la Convention de Rome (repris dans l'article 9 du Règlement Rome I), dans les contrats internationaux les lois de police sont une limite à la liberté de choisir le droit applicable. Elles s'imposent quelle que soit la loi choisie. Une loi de police s'applique en effet sans être désignée par une règle de conflit

---

319. Lagarde P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959; Libchaber R., « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 65; Lagarde P., Rép. Dalloz. Dr. int. V° « Ordre public », 1998; Train F.-X. et Jobard-Bachelier M.-N., « Ordre public international. Notion d'ordre public en droit international privé », *Jurisclasseur Dr. int.*, Fasc. 534-1., 2008.

320. Une loi étrangère n'est contraire à l'ordre public que si elle heurte « les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue » (Civ. 25 mai 1948, Lautour, in *Les grands arrêts du droit international privé*, Ancel B. et Lequette Y., Dalloz, 2006, 5e éd., p. 164).

321. Ghestin J., « La notion de contrat », *D.* 1990, n° 12, p. 7, spéc. p. 24; Hauser J., *Objectivisme et subjectivisme (contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, Paris, LGDJ, 1971, n° 46, p. 58 et s.

lorsque ses critères d'application spatiale sont réunis<sup>322</sup>. Le juge est tenu d'appliquer les lois de police de son for, ce quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit. L'article 9.1 du Règlement Rome I précise ainsi qu'une telle loi s'applique « à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement »

Si l'article 7.2 de la Convention de Rome est muet sur la définition, l'article 9.1 du Règlement précise qu'« une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».

La difficulté provient toutefois de l'identification et de la qualification de la « loi de police », faite par le juge le plus souvent qui doit réunir des indices pour aboutir à la qualification de loi de police. Dans certains cas, en effet, la loi se prononce elle-même sur son caractère de loi de police ce qui permet d'assurer la sécurité juridique. En droit de la consommation, il est ainsi précisé que l'article L.132-1 du Code de la consommation définissant les clauses abusives « nonobstant toute stipulations contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 C. consom. sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un État n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté ». L'article L. 132-1 du Code de la consommation relatif aux clauses abusives est de ce fait toujours applicable aux contrats internationaux à partir du moment où la partie faible a son domicile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté. Mais, dans la plupart des cas, la loi est silencieuse sur son caractère impératif. Il appartient dans ce cas aux juridictions de se prononcer sur ce caractère.

Concernant leur application, une distinction doit être effectuée entre la loi de police du for et la loi de police étrangère. Le juge du for a ainsi l'obligation d'appliquer sa loi de police, selon les articles 9-2 du Règlement Rome I et 7-2 de la Convention de Rome, à condition que la situation visée par cette loi soit dans son champ d'application spatial tel que déterminé par l'auteur de la loi ou à défaut par le juge du for lui-même. Dans le système de la Convention de Rome, lorsque la loi de police « étrangère » appartient à la *lex contractus*, le juge du for français doit l'appliquer. Au contraire, lorsque la loi

---

322. Mayer P., « Lois de police », Rép. Dalloz, dr. international, 1998.

de police « étrangère » n'appartient pas à la *lex contractus*, le juge français n'est pas tenu de l'appliquer. La Convention de Rome prévoit simplement la possibilité d'une telle application, sans aucune obligation (art. 7-1), qui est maintenu par le Règlement Rome I. Par ailleurs, en cas de conflit entre la loi de police du for et la loi de police étrangère, le juge du for compétent applique sa loi de police. Enfin, en cas de conflit entre deux lois de police « étrangères » il appartient au juge du *for* de se prononcer sur celle à laquelle il donne préférence selon l'article 7-1. L'application des lois de police « étrangère » est considérablement limitée par le Règlement Rome I. L'article 9-3 indique qu'« il ne pourra être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale ». Ainsi, une loi de police étrangère qui suspendrait simplement l'exécution ou l'assortirait d'une charge plus importante, par exemple en imposant un paiement dans la monnaie locale, ne pourrait pas être mise en œuvre par les juridictions du *for*.

En outre, dans tous les cas, l'application d'une loi de police étrangère est soumise au pouvoir d'appréciation reconnu au juge du for<sup>323</sup>. Le juge peut, en effet, contrôler l'opportunité de l'application des lois de police étrangères en tenant compte de « leur nature et leur objet » ainsi que des « conséquences de leur application ou de leur non-application ». Mais, dans le contexte international, la question se pose de déterminer quel est l'ordre public à respecter car il est impossible pour l'arbitre de les respecter tous. Il est, de plus, très difficile pour les parties de prévoir le jeu de l'ordre public, puisque l'ordre public est de type réactionnel. Les auteurs ont parlé de « paragraphe de caoutchouc »<sup>324</sup> ou de « formule louche »<sup>325</sup> en parlant de l'ordre public. En effet, il n'est pas toujours facile de savoir à l'avance quels sont les règles et principes d'ordre publics qu'il faudra respecter. Or, le respect de l'ordre public international est nécessaire sous peine d'exposer la sentence de l'arbitre à un refus d'exequatur.

L'arbitre doit tout d'abord appliquer les lois de police de la *lex causae*. Il doit, en effet, appliquer la loi compétente pour régir la relation de droit litigieuse ou la situation juridique envisagée, c'est-à-dire - selon la localisation du rapport et le critère de rattachement retenu par la règle de conflit applicable - dans certains cas, la loi du pays du juge saisi, ou,

---

323. Article 9 # 3 Règlement Rome I du 17 juin 2008.

324. Wurzel, *Das juristische Denken*, Vienne, 1904, p. 84, cité par Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Matot-Braine, 1953, p. 3.

325. De Vareille-Sommières P., *L'exception d'ordre public en droit international privé, cours général*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye. Brill, 2009.

dans d'autres circonstances, la loi étrangère. L'arbitre devant assurer l'effectivité de sa sentence ainsi que la pérennité de l'arbitrage, il semble nécessaire, par un raisonnement logique, qu'il doive, en outre, respecter les lois de police extérieures à la *lex causae*. Si la sentence doit être exécutée dans un pays de l'Union européenne, il faut en effet que celle-ci respecte le droit européen. En la matière, afin de savoir quelle loi de police respecter, l'arbitre peut s'inspirer de l'article 7.1 de la Convention de Rome de 1980 ou de l'article 9.3 du règlement Rome I pour admettre l'applicabilité d'une loi de police extérieure à la *lex causae*. Suivant la même logique d'efficacité et de pérennité de l'arbitrage, la loi choisie par les parties qui serait contraire à cet ordre public devrait être évincée par l'arbitre. Un contrat violant le même ordre public devrait également être annulé. A ce titre, l'ordre public transnational<sup>326</sup> est complémentaire des lois de police. Cet ordre public transnational – différent de la *lex mercatoria* – est là pour protéger des valeurs proprement internationales telles que la protection de l'environnement, la préservation du patrimoine culturel, ou encore la lutte contre la corruption.

La réserve de l'ordre public est classique en droit international privé, particulièrement en matière de sentence arbitrale. L'exequatur peut ainsi être refusé ou l'annulation prononcée si la sentence est contraire à l'ordre public international. Celui-ci étant conçu de manière moins large que l'ordre public interne<sup>327</sup>, il fait référence à « l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international »<sup>328</sup>. Il semblerait également possible que le juge du contrôle se réfère à un ordre public réellement international<sup>329</sup>. Dans la même idée, il serait aussi admissible que le même juge prenne en compte un ordre public étranger à la condition que ce dernier poursuive les mêmes objectifs que le droit français ou des objectifs différents qu'il considère légitimes<sup>330</sup>. Ainsi, relève de l'ordre public international, le principe de contradiction, le principe d'égalité des parties<sup>331</sup>, ou encore le droit de la concurrence français et plus largement les lois de police tel que le précise l'article 1520-

---

326. Voir notamment Lalive P., "L'ordre public transnational et l'arbitre international", in *Liber amicorum Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, vol. II, p. 559.

327. Civ. 1ère, 19 nov. 1991, Grands Moulins de Strasbourg, *Rev. arb.* 1992. 76, note L. Idot.

328. Paris, 27 oct. 1994, *Rev. arb.* 1994. 709; Paris, 14 juin 2001, Tradigrain, *op. cit.*, note 285.

329. Paris, 30 sept. 1993, Westman, *Rev. arb.* 1994. 359, note Bureau D.; *Rev. crit. DIP* 1994. 349, note Heuzé V., qui a jugé qu'un « contrat ayant pour cause et pour objet l'exercice d'un trafic d'influence par le versement de pots-de-vin est [...] contraire à l'ordre public international français ainsi qu'à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des Etats de la communauté internationale ».

330. Paris, 22 janv. 2004, *Rev. arb.* 2004. 647, note Loquin E.

331. Loquin E., « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage* 2008/2, p. 5.

5 ° 332 C.P.C. La définition de l'ordre public international est donnée par chaque juge national, qui dit ce qu'il en est selon son propre ordre juridique national. Il s'agirait ainsi d'un ordre juridique national en réalité et non transnational.

L'ordre public transnational ou « réellement » international est un ordre public commun à un ensemble de notions et reflétant des valeurs fondamentales à l'échelle internationale. Certains auteurs évoquent des "valeurs à prétention universelle" 333. La source n'étant pas que publique ou nationale, l'ordre public appliqué par les arbitres internationaux est réellement transnational. Différents textes contribuent fortement à la construction d'un ordre public « transnational ». Le droit transnational a ainsi contribué, en particulier dans le domaine des investissements – qui mêlent des problématiques complexes et nombreuses – à se faire rencontrer droit international public et droit international privé dans un ordre public transnational. Celui-ci semble s'opposer de prime abord à l'ordre public international qui relève de la souveraineté nationale et de la liberté de chaque État souverain de se déterminer dans l'ordre international. À côté de l'ordre public international classique, doté d'une forte dimension nationale, aurait ainsi émergé un ordre public réellement international, autonome pour partie des États que ce soit du point de vue de ses sources normatives ou de ses organes.

L'existence d'un ordre public transnational est controversée. Alors qu'un ordre public qui n'émanerait pas d'un État n'est pas accepté pour certains, la jurisprudence arbitrale montre de nombreuses manifestations d'un ordre public transnational construit grâce à la méthode des principes généraux. La prohibition de la corruption en est un exemple. Dans la sentence n ° 6248 de 1990, la CCI s'est appuyé sur « *a principle of truly international or transnational public policy* » pour condamner une pratique de corruption. Le tribunal arbitral, dans l'affaire *World Duty Free Company Ltd. C/ République du Kenya*, a de même déclaré que « *In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, the Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States, or, to use another formula, to transnational public policy* » 334. L'ordre public peut donc être transnational par sa source. Mais selon Ph. Kahn,

---

332. Mayer P., *op. cit.*, note 282.

333. Racine J.-B., "La contribution de l'ordre public européen à l'élaboration d'un ordre public transnational en droit de l'arbitrage", *RAE* 2005/2.227.

334. CIRDI, *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, n ° ARB/00/7 du 4 oct. 2006, n ° 157.

les arbitres « sont peu audacieux dans la recherche ou l'application d'un ordre public transnational »<sup>335</sup>. L'ordre public transnational permet de protéger une forme d'intérêt général mondial, nécessaire au commerce international.

Enfin, pour les chercheurs de la New Haven School<sup>336</sup>, « l'ordre public » ne correspond pas à une législation venant du haut, de l'État, mais plutôt à une législation internationale qui se développe à partir de processus diffus et procédures sociales, impliquant un équilibre<sup>337</sup> entre « les attentes de la communauté » et « suffisamment de pouvoir effectif à travers des pratiques de contrôle »<sup>338</sup>. Bien que « complexe » et « confus », cette « multiplicité de législation » n'est ni « anémique ni chaotique ». En effet, comme l'a noté W. Michael Reisman, une telle multiplicité peut être « systématiquement bénéfique ou *eufunctional* »<sup>339</sup>. L'affirmation de Robert Cover que nous « habitons un univers normatif » n'est ainsi pas moins pertinente pour l'espace transnational que pour l'espace national<sup>340</sup>.

Le problème n'est pas réellement celui du contenu de l'ordre public international mais plutôt celui de l'étendue du contrôle effectué par le juge. Jusqu'où peut-il aller pour déceler une contrariété à l'ordre public international? La jurisprudence en la matière est assez restrictive. L'arrêt Thalès a, en effet, adopté une conception du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international limitée aux seuls cas exceptionnels d'une violation flagrante, effective et concrète<sup>341</sup>. Dans l'affaire SNF c. Cytec, la Cour de cassation est allée dans le même sens, en décidant que « s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la

---

335. Kahn Ph., *L'interprétation des contrats internationaux*, Clunet, 1981.

336. *La New Haven School* (N.H.S.) représente un engagement des chercheurs à préserver « l'ordre public de la communauté mondiale ». Voir McDougal M. S., Reisman W. M., *International Law in Contemporary Perspective : The public order of the world community*, Mineola, N.Y. : Foundation Press, 1981.

337. Koven Levit J., « Bottom-Up International Lawmaking Reflections on the New Haven School of International Law », *The Yale Journal of International Law*, Vol. 30, 2005.

338. McDougal M. S., *International Law and the Future*, 50 *Miss. L. J.* 259, 281, 1979, [consulté le 8 décembre 2019] Disponible à l'URL : [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3677&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3677&context=fss_papers).

339. Reisman W. M., « The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application » *TDM* 3, 2005, pp. 28-29, [consulté le 10 janvier 2020]. Disponible à l'URL : <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=445>.

340. Moitry J.-H., « Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la lex mercatoria? », *Rev. arb.* 1989. 3.

341. Paris, 18 nov. 2004, Thalès, *Rev. arb.* 2005. 751 ; *JDI* 2005. 357, note Mourre A. ; *JCP* 2005. I. 134, n° 8, obs. Seraglini C. ; *Rev. crit. DIP* 2006. 104, note Bollée. S. Voir Radicati di Brozolo L.G., « L'illicéité « qui crève les yeux » : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.*, 2005. 529.

violation alléguée »<sup>342</sup>. La jurisprudence est aujourd'hui constante sur cette question<sup>343</sup>.

La liberté des parties et des arbitres trouve ainsi sa limite naturelle dans l'ordre public<sup>344</sup>.

Le constat est désormais largement admis d'une « fragmentation » du droit international<sup>345</sup>. Fragmentation d'abord en raison de l'apparition de nouvelles sources de droit non étatiques, tel le droit des marchands, les règles professionnelles ou de sociétés, le droit de l'O.M.C, etc<sup>346</sup>. Fragmentation ensuite car chaque Etat établit ses propres règles à effet extraterritorial que le droit international « coordonne » seulement<sup>347</sup>. Cette fragmentation fait naître une multitude d'« espaces normatifs » particuliers. Cette fragmentation du droit réalise aussi une fragmentation des pratiques du droit, une fragmentation des rationalités juridiques.

Les parties au contrat international extractif effectuent de nombreux choix tant au niveau de la procédure que lors de l'exequatur. Les différentes techniques de choix d'un ordre public lors de l'exécution d'une sentence souligne de façon évidente l'évolution des pratiques de choix, l'évolution des pratiques du droit. Cependant, cette liberté de choix rendue possible par les techniques juridiques met en cause le respect de principes tels les droits de l'homme ou le droit de l'environnement. Les sociétés transnationales usent en effet de ces stratégies juridiques pour échapper à certaines règles contraignantes.

Les ordres juridiques nationaux ont ainsi développé des réglementations afin de renforcer le respect de ces principes malgré les techniques juridiques de choix existantes. Le droit international développe également des mécanismes plus contraignants afin de renforcer la responsabilité des sociétés transnationales.

---

342. Civ. 1ère, 4 juin 2008, *Rev. arb.*, 2008. 473, note Fadlallah I. ; *JDI*, 2008. 1107, note Mourre A. ; *D.*, 2008. 3118, obs. Clay T. ; *RTD Com.* 2008. 518, obs. Loquin E. ; *JCP* 2008. I. 164, n° 8, obs. Seraglini C.  
343. Paris, 22 oct. 2009, Linde, *Rev. arb.*, 2010. 124, note Train F.-X. ; Paris, Schneider, 10 sept. 2009, *Rev. arb.*, 2010. 548, note Delanoy L.-C. Voir Radicati di Brozolo L.G., « Arbitrage et droit de la concurrence : vers un consensus », *Cahiers de l'arbitrage*, 2010/1, p. 181.

344. Derains Y., « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986. 375 ; Fadlallah I., « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *Rec. Cours La Haye*, 1994, V, p. 377 et s.

345. Young M. A. (dir.), *Regime Interaction in International Law - Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, 2012.

346. Koskeniemi M., *Fragmentation of international law : difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, ONU, 2006 ; Koskeniemi M., Lein P. « Fragmentation of International Law ? Postmodern Anxieties », *Leiden Journal of International Law*, Cambridge University Press, Volume 15, Issue 03, September 2002, p. 553.

347. Voir la conclusion de Paul Lagarde à son article « Le principe de proximité dans le droit international contemporain », in *Cours général de droit international privé*, La Haye, recueil des cours, 1986.

## Deuxième partie

# La réaction des ordres juridiques aux choix de la loi

Se placer devant les juridictions internationales permet d'appliquer le droit international. Dans l'affaire Chevron - emblématique du contentieux extractif international - les différentes sentences arbitrales rendues sont ainsi exemplaires des conséquences juridiques que peut engendrer le choix d'un système arbitral particulier pour le règlement des différends. Dans ces affaires, la justice arbitrale a été saisie par Chevron et non par l'Equateur ou les victimes équatoriennes. Seules les sociétés peuvent, en effet, saisir la justice arbitrale en vertu de la Convention de Washington. Pour leur part, ni les États, ni les victimes ne le peuvent. La Convention de Washington souhaite proposer une fonction correctrice du droit international. Toutefois, en appliquant le droit international, le droit national s'en trouve, dans une certaine mesure, écarté.

En réaction aux conséquences des choix possibles des parties lors de la conclusion et de l'exécution des contrats extractifs internationaux, les ordres juridiques nationaux (Chapitre 2) et le droit international (Chapitre 1) mettent ainsi en place différents mécanismes permettant l'effectivité des normes et la protection des parties.

# Chapitre 1 -

## La réaction du droit international

Le droit international développe de nouvelles réglementations afin de responsabiliser les sociétés transnationales (Section 2) et compenser les conséquences induites par les techniques juridiques de choix de loi mises en oeuvre par le droit international et national (Section 1).

### SECTION 1 - La pratique normative

L'affaire Chevron est en grande partie à l'origine (A) des négociations en cours pour mettre en oeuvre des mécanismes de responsabilité des sociétés transnationales (B).

#### A. Historique du traité : le contentieux Petroleum

Dès 2006 et pendant toute la durée du procès équatorien, la stratégie de Chevron a d'abord consisté à porter l'affaire sur un autre terrain, celui des traités bilatéraux d'investissement (TBI) dont la société prétend qu'ils n'ont pas été respectés par Quito. Deux recours dirigés contre l'Équateur sont engagés à la Cour permanente d'arbitrage de la Haye (désignée par le traité d'investissement américano-équatorien pour régler les litiges nés de son application). Chevron reproche en particulier à la justice équatorienne de n'avoir jamais statué sur 7 plaintes déposées par Texaco au début des années 1990, et qui avaient pour objet de régler plusieurs litiges liées aux opérations du consortium d'exploitation. En 2009, une autre procédure est lancée par Chevron, qui prétend que le jugement entamé en Équateur est marqué de plusieurs irrégularités relativement aux règles du commerce international et au traité bilatéral d'investissement. Il est notamment reproché au juge équatorien de

procéder à un traitement injuste et inéquitable des parties, à un déni de justice, et à une attitude discriminatoire à l'égard de Texaco.

La sentence arbitrale rendue le 23 septembre 2009 en application des règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international<sup>348</sup> dans l'affaire Chevron et sa filiale indirecte, Texaco Petroleum Company contre l'Équateur estime que la République de l'Équateur a violé ses obligations en vertu de traités internationaux, accords d'investissement et droit international. En vertu du traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et la République de l'Équateur signé en 1993, le tribunal arbitral a estimé que l'Équateur avait manqué à ses obligations en vertu d'un accord de règlement de 1995 qui avait condamné la société à payer 9,5 milliards de dollars pour réparer les dégâts causés en Amazonie. Le tribunal a conclu que le jugement équatorien frauduleux « violait la politique publique internationale » et « ne devrait pas être reconnu ou appliqué par les tribunaux d'autres États »<sup>349</sup>. Le tribunal estime que la République de l'Équateur avait violé le droit international et ses obligations conventionnelles en publiant, confirmant et appliquant un jugement frauduleux contre Chevron.

En droit international, cette sentence confirme que Chevron n'est pas tenu de se conformer au jugement équatorien.

Cette sentence est en réalité un choix de traité internationaux. En effet, en invoquant le traité international d'investissement signé en 1993 entre l'Équateur et les États-Unis, Chevron déplace le litige dans le champ des traités d'investissement.

Par la suite, la cour permanente d'arbitrage de la Haye donne raison à Chevron en 2010. Elle condamne l'Équateur au paiement de 96 millions USD et prononce une injonction obligeant le gouvernement de Quito à suspendre la mise en œuvre du jugement de Sucumbios. Cette décision confirme la violation du droit international et du TBI entre les États-Unis et l'Équateur par le gouvernement équatorien au motif du retard pris dans le traitement de plaintes portées par Chevron devant la justice équatorienne<sup>350</sup>.

Ces sentences arbitrales rendue par un tribunal arbitral en vertu du règlement d'arbitrage de la CNUDCI dénoncent et vont totalement à l'encontre de la procédure judiciaire menée

---

348. *Chevron Corp. and Texaco Petroleum Corp. v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23.

349. <https://bilaterals.org/?international-tribunal-rules-for&lang=en>

350. *Chevron Corp. v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL Arbitration, Partial Award on the Merits, Mar. 31 2010, [consulté le 27 février 2017]. Disponible à l'URL : <https://www.italaw.com/documents/ChevronTexacoEcuadorPartialAward.PDF>.

par les tribunaux équatoriens à tous les niveaux.

La dénonciation de la décision issue d'une procédure judiciaire étatique par un tribunal arbitral met en cause la sécurité juridique et pose la question de l'effectivité des justices nationales. Dès 2011, en effet, après avoir prouvé le crime de Chevron et démontré les dommages à la nature, à la vie, à la culture des peuples autochtones, le juge de Sucumbios avait reconnu Chevron coupable et condamné la société à payer 9,5 milliards de dollars pour réparer les dégâts causés en Amazonie. Ce jugement a été porté en appel et en janvier 2012, la cour d'appel de Sucumbíos a ratifié la peine. Chevron a interjeté appel devant la Cour nationale de justice et, en novembre 2013, les juges de cette cour ont également ratifié le verdict contre Chevron. En dernier recours, Chevron a interjeté appel devant la Cour constitutionnelle, faisant valoir que ses droits avaient été violés dans le processus. Les 9 juges de la Cour constitutionnelle ont analysé l'affaire et n'ont trouvé aucun fait annulant le jugement. Le 10 juillet 2018, ils ont ratifié le verdict contre Chevron.

Mais parallèlement à l'affaire judiciaire, Chevron avait engagé plusieurs actions contre les plaignants et contre l'État équatorien, dont une procédure d'arbitrage international.

Par la suite, en 2016, lors d'une nouvelle procédure, le tribunal rejette les demandes en nullité de la sentence arbitrale de l'Équateur<sup>351</sup> Cette seconde sentence illustre bien la notion de choix de hiérarchie des normes. La demande de la nullité dans cette sentence démontre, en effet, que les parties ont tenté de soumettre leur contentieux à un autre tribunal afin que soit appliqué les règles de ce dernier.

Le système d'arbitrage semble ainsi agir en faveur des sociétés transnationales alors même qu'un système judiciaire a déjà jugé le contentieux.

Cette sentence est conforme aux décisions des tribunaux des États-Unis, de l'Argentine, du Brésil, du Canada et de Gibraltar, confirmant que le jugement équatorien est inapplicable dans tout pays qui respecte la primauté du droit. En effet, le tribunal a explicitement conclu qu'il serait contraire au droit international que les tribunaux de tout autre État reconnaissent ou appliquent le jugement frauduleux équatorien, rendant la décision de justice équatorienne inapplicable dans ces États, à la demande de la société transnationale qui a saisi ces tribunaux.

---

351. *The Republic of Ecuador v. Chevron Corp. and Texaco Petroleum Corp.*, District Court of the Hague, C/09/477457 / HA ZA 14-1291, 2016, [consulté le 27 février 2017]. Disponible à l'URL : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7104.pdf>.

En application des traités d'investissements, lors d'un contentieux il est très souvent fait appel à la justice arbitrale d'investissement – et non à la justice étatique – pour les rapports entre États et sociétés transnationales. Les juridictions arbitrales, instaurées par les traités d'investissement semblent ainsi « supérieures » à la justice civile nationale.

Dans de nombreux traités d'investissements, il existe de plus un standard international du traitement juste et équitable. La logique du droit est également de protéger l'investisseur, sans nier toutefois les préoccupations de l'intérêt public<sup>352</sup>. C'est la raison pour laquelle le contentieux d'investissement est souvent lié aux agissements de l'État. Le caractère suffisant ou non de l'indemnité dans le cadre de la dépossession d'un investisseur privé au nom de l'intérêt public montre ainsi que les agissements de l'État sont contrôlés. Ce contrôle est de surcroît confié à des arbitres, juges privés. Emmanuel Gaillard a ainsi dit à ce sujet que « l'on assiste aujourd'hui à la naissance d'un contrôle de la légalité des agissements des États au regard des exigences du droit international d'une importance comparable à celle qui a vu, au XIXe siècle, la transformation, dans le seul ordre juridique français, du rôle du Conseil d'État d'organe de conseil en véritable juge de la légalité des actes de l'administration »<sup>353</sup>.

Les victimes, quant à elles, ne disposent pas de moyens de défense face aux agissements des sociétés transnationales. Les États ne protègent pas directement les victimes et créent une situation d'impunité des sociétés transnationales. Les traités internationaux ne s'appliquent en effet, selon l'approche classique du droit international, qu'entre les États. Les personnes privées ne peuvent en bénéficier qu'indirectement. Les États font ainsi écran au droit international, son applicabilité étant directement liée à leur bonne volonté et leur transposition effective en droit interne de certaines dispositions.

Cela entraîne ainsi une paralysie du système, du fait de la technique juridique : c'est-à-dire de la possibilité octroyée par les traités d'investissement de saisir la justice arbitrale à la place de la justice étatique via les traités d'investissement ou via les États qui s'opposent aux demandes des victimes contre les sociétés transnationales.

Cet état de fait est en grande partie à l'origine du mouvement de contestation des juridictions arbitrales et traités d'investissements.

---

352. Ben Hamida W., « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développements dans le droit des investissements », *JDI*, 2008. 999. Voir aussi, El Boudouhi S., « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, 2005. 542.

353. *JDI*, 2004. 214.

Les derniers contentieux d'investissement impliquant fortement la société civile sont, en effet, à l'origine de cette évolution du droit international vers des réglementations qui protégeraient, de façon effective, les victimes de l'agissement des sociétés transnationales. En raison de la mondialisation croissante de l'économie internationale, de nombreux accords portant sur la protection des investissements ont été signés de manière bilatérale entre deux États<sup>354</sup>. De ce fait, les conflits entre une société et un État n'ont pas cessé d'enfler. A la fin de l'année 2015 - dernières statistiques connues de la CnuCED - près de 700 procédures étaient en cours. Et parmi les États les plus souvent attaqués l'Amérique latine est en première ligne. L'Argentine occupe la première place (60 cas) suivie du Venezuela (36). Le Mexique (25) et l'Équateur (28) occupent respectivement le septième et le huitième rang.

Le jugement rendu par la Cour européenne de justice<sup>355</sup>, au sujet des tribunaux privés d'arbitrage - Investor State Dispute Settlement (ISDS) - qui permettent à des investisseurs d'attaquer des États auprès de juridictions privées composés d'avocats d'affaires, opposant un assureur privé néerlandais à l'État slovaque est ainsi un exemple de cette évolution. La Cour invalide dans ce jugement le principe même de ces mécanismes d'arbitrage s'ils concernent des acteurs de l'Union européenne. Dans cette affaire, le tribunal arbitral en question se trouvant à Francfort, en Allemagne, la Slovaquie a déposé un recours devant les juridictions allemandes pour annuler le jugement. C'est ainsi que la Cour fédérale allemande de justice a demandé à la Cour de justice européenne si la clause d'arbitrage contestée par la Slovaquie était compatible ou non avec les traités européens. La Cour de Justice a jugé le 6 mars 2018 que la clause d'arbitrage en question était incompatible avec le droit européen. Cette affaire pourrait soulever la remise en cause de nombreux traités d'investissement qui contiennent des clauses d'ISDS. Cette incompatibilité pourrait, par exemple, concerner le traité européen sur l'énergie, l'Energy charter treaty, sur la base duquel la société suédoise Vattenfall a attaqué l'Allemagne auprès du tribunal arbitral de Washington. Le jugement pourrait aussi avoir des effets sur le cas d'arbitrage en cours qui oppose la multinationale française Veolia à l'État lituanien<sup>356</sup>.

Ces tribunaux spéciaux d'arbitrage sont ainsi au cœur de ce qui soulève de nombreux débats et questions dans les accords de libre-échange comme le *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (C.E.T.A.), ou qui étaient prévus dans le Partenariat transatlan-

---

354. Près de 3.000 sont recensés par la Convention des Nations Unies pour le commerce et le développement (CnuCED).

355. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0284&from=BG>.

356. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/3>.

tique de commerce et d'investissement (PTCI) - TTIP pour "Transatlantic Trade and Investment Partnership" - entre l'Union européenne et les États-Unis, en permettant à des investisseurs privés de faire condamner des États s'ils jugent leurs politiques défavorables à leur rentabilité. Les accords d'investissement contiennent tous en effet des tribunaux d'arbitrage permettant aux multinationales d'attaquer l'État si elles s'estiment lésées par une législation ou une expropriation abusive. Le tribunal du CIRDI a, par exemple, accordé environ 380 millions USD à la société américaine de pétrole et de gaz Burlington Resources Inc. (Burlington) au titre de l'indemnisation pour expropriation illégale par l'Équateur<sup>357</sup>. L'arbitrage de 2008 rendu en vertu du traité d'investissement bilatéral (TBI) États-Unis-Équateur a ainsi pris sa décision en faveur d'une société étrangère et non de l'État et des victimes équatoriennes.

Ces dispositifs qui protègent les investissements étrangers ont également été déclarés incompatibles avec la Constitution par la Cour constitutionnelle équatorienne. Selon elle, ils portent atteinte à la souveraineté économique du pays en permettant aux sociétés étrangères de recourir à ces tribunaux d'arbitrage internationaux en cas de litige, quitte à mettre à mal le budget du pays. La présidente de la commission des lois en matière de relations internationales, Maria Augusta Calle, a souligné que ces traités bilatéraux d'investissement ont déjà conduit à une trentaine d'arbitrages, pour un montant d'environ 12 milliards de dollars, et que l'Équateur a été condamné à verser 1,83 milliard de dollars d'indemnisations. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créé en 1965, sous l'égide la Banque mondiale, pour arbitrer ces conflits, a, par exemple, condamné en 2015 l'Équateur à verser un milliard de dollars à la compagnie pétrolière américaine OXY, pour rupture anticipée d'un contrat d'exploitation. Une somme qui représentait 3,3% du budget de l'État en 2016. Dans ce mouvement de défiance vis à vis des tribunaux d'arbitrage, l'Équateur du président Correa n'est pas isolé. Le CIRDI a été dénoncé dans les années 2000 par l'Association latino-américaine des juristes et par les grandes organisations du mouvement social. La Bolivie du président Evo Morales a signifié son retrait du CIRDI en 2007, fondant sa décision sur le respect de sa constitution. L'Équateur a suivi deux ans plus tard en 2009 avant d'entamer la dénonciation de ses traités d'investissements bilatéraux. Le Venezuela a annoncé son retrait début 2012. D'autres États, comme l'Argentine y ont réfléchi. Un projet de loi en ce sens circulait au sein du Congrès argentin en 2012 sans que cela n'ait déclenché un mouvement similaire aux trois autres pays d'Amérique latine. Il faut aussi en ajouter un

---

357. *Burlington Resources Inc. c. la République de l'Équateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5.

quatrième, le Brésil, qui lui n'a jamais reconnu le CIRDI.

Le projet de traité ONU montre la réaction de l'ordre international à la question des traités d'investissement afin de trouver une solution pour indemniser les victimes, voire protéger en amont les victimes à travers le principe de devoir de vigilance. Ce principe impose aux sociétés de contrôler le respect des droits humains tout au long de leur chaîne d'approvisionnement. Cette obligation, qui existe depuis le début des années 2 000 dans les textes internationaux destinés aux multinationales n'est toutefois aujourd'hui pas contraignante.

La mise en œuvre de normes volontaires, en particulier les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, adopté en juin 2011<sup>358</sup> constitue l'unique cadre existant actuellement à l'échelle internationale. Les principes directeurs sont une liste de 31 principes qui clarifient la portée de l'expression « droits humains » et des rôles attendus des États et des entreprises. Ils introduisent la notion de responsabilité de l'entreprise quant à sa filière d'approvisionnement, au-delà des frontières, de même que le concept de « *Human rights due diligence* » ou en français de « vigilance raisonnable en matière de droits humains ». Si ces principes directeurs sont un premier pas dans la bonne direction, ils présentent néanmoins des défauts : leur portée est limitée en matière d'abus et de mécanismes de réparation transfrontaliers et, surtout, leur application est volontaire. Actuellement, seuls 18 pays (dont la Belgique) ont décliné les principes directeurs en un plan d'action national sur les entreprises et les droits humains.

N'étant pas une réponse suffisante pour prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement, un encadrement par le droit semble nécessaire.

La problématique de l'encadrement des sociétés transnationales est, en effet, loin d'être nouvelle au sein des Nations Unies : depuis les années 1970 avait été fixée comme priorité l'élaboration d'un "code de conduite international", et créés une Commission et un Centre des Entreprises Transnationales au sein de l'ONU. Mais alors qu'une première initiative d'élaboration de normes contraignantes avait eu lieu en 2003, ces normes n'ont jamais été adoptées, en raison de l'opposition des États du Nord. Ces derniers, sous pression de nombreuses multinationales dont ils hébergent les sièges, ont alors préféré promouvoir des initiatives volontaires, du Pacte Mondial (« Global Compact ») en 2004 aux Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits humains en 2011.

---

358. [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_FR.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf)

Ces principes s'ajoutent à d'autres normes volontaires, comme les Principes directeurs de l'OCDE, qui prévoient un mécanisme national de médiation extrajudiciaire entre les entreprises et les victimes, le « Point de Contact National » (PCN). Les insuffisances du PCN ont été maintes fois pointées par la société civile internationale<sup>359</sup>, à tel point que les organisations françaises ont aujourd'hui cessé de saisir le PCN français. En effet, à l'heure actuelle, ce mécanisme ne permet pas de sanctionner réellement les entreprises violant les Principes directeurs et d'apporter justice et réparations pour les victimes.

Les PCN agissent, en effet, en tant qu'instance de règlement non-juridictionnel des différends. Ils offrent une plateforme de dialogue aux parties afin de contribuer à régler les questions posées par les plaignants sur les enjeux et les impacts sociaux, sociétaux et environnementaux des activités des entreprises et de leurs relations d'affaires et sur le devoir de diligence des entreprises y compris dans les chaînes d'approvisionnement mondiales. Ils ont pour mission de répondre aux questions posées sur l'effectivité des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

Par conséquent, l'absence de caractère contraignant de ces normes volontaires ne permet pas aux victimes de se défendre face aux sociétés transnationales œuvrant en application des traités d'investissement. Un instrument international contraignant destiné à prévenir les violations des droits humains par les multinationales et les pénaliser en cas de manquement afin de s'insérer dans le droit dur et être effectif pour la protection des victimes est ainsi en cours d'élaboration.

Les atteintes aux droits humains et à l'environnement causées par les activités de multinationales sont nombreuses : depuis la catastrophe industrielle de Bhopal en Inde en 1984, au désastre minier de Mariana au Brésil en 2015, en passant par la marée noire permanente au Nigéria, le naufrage de l'Erika en 1999 ou l'explosion de l'usine AZF en France en 2001. Au cours de l'année 2017, 197 militants ont ainsi été assassinés dans le monde pour avoir défendu leurs terres, forêts et rivières, ainsi que les populations, face à des industries destructrices<sup>360</sup>.

Poussé par les scandales humains et environnementaux comme ces derniers, ou encore celui de l'effondrement du Rana Plaza, immeuble abritant plusieurs usines de production de textile sous-traitantes de nombreuses marques françaises ou internationales comme Carre-

---

359. Voir le rapport de la coalition OECD Watch " *Remedy remains rare* ", juin 2015.

360. Human Rights Council, United Nations, 14 juillet 2014, A/HRC/RES/26/9 [consulté le 13 mars 2018]. Disponible à l'URL : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/53/PDF/G1408253.pdf?OpenElement>.

four, Auchan, Benetton ou Primark, ayant entraîné la mort de plus de 1100 ouvrier-ère-s, une résolution a ainsi été proposée par l'Équateur et l'Afrique du Sud, puis adoptée par le Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU. Depuis juin 2014, le Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, au travers de la résolution 26/9 du 14 juillet 2014<sup>361</sup>, a de ce fait créé un groupe de travail intergouvernemental, porté par une coalition d'États menée par l'Équateur, et mandaté pour élaborer un instrument international juridiquement contraignant (« traité ONU ») pour réguler l'activité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de respect des droits humains.

## B. Les négociations en cours

La troisième session d'octobre 2017 a permis d'élaborer les premières pistes pour un traité reprenant en grande partie les éléments de la loi française sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre de mars 2017<sup>362</sup>. Le 20 juillet 2018, après trois sessions de négociations, la présidence équatorienne de ce groupe de travail a ainsi publié un premier projet de traité contraignant. Cette loi introduit une obligation de vigilance s'appliquant aux grandes entreprises (plus de 5000 salariés), à leurs groupes de sociétés (filiales et sociétés qu'elles contrôlent) ainsi qu'à leur chaîne d'approvisionnement (sous-traitants, fournisseurs). Les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre ont ainsi l'obligation de publier et de mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance consistant à identifier et prévenir les risques d'atteintes graves aux droits humains et à l'environnement. Tout manquement à la mise en œuvre de ce plan constitue, de ce fait, une faute susceptible d'engager la responsabilité de la société mère devant une juridiction française. Par l'adoption de cette loi, la France se conforme, un peu plus, aux obligations auxquelles elle a souscrit au niveau international, notamment dans le cadre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)<sup>363</sup>.

Lors de la session de négociations de 2017, près de 110 pays étaient représentés à Genève, ce qui montre l'intérêt que suscite ce projet de traité sur le plan international. Ce projet est, en effet, porté par de nombreuses ONG d'Amérique du Sud, ainsi que par des pays comme l'Équateur, l'Afrique du Sud, et la France. Près de 300 représentants de la société

---

361. Human Rights Council, United Nations, 14 juillet 2014, A/HRC/RES/26/9.

362. LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

363. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Assemblée générale des Nations unies, 3 janvier 1976.

civile, dont la coalition française pour un traité ONU<sup>364</sup>, se sont mobilisés pour renforcer le premier avant-projet de traité négocié par les États, et attaqué par les lobbies. La France a, par ailleurs, été l'unique pays membre de l'Union européenne à intervenir dans les discussions de fond.

Cependant, le projet est régulièrement bloqué, par des États ou des représentants des multinationales. L'initiative est portée depuis 2014 par l'Équateur et l'Afrique du Sud mais elle reste peu soutenue, si ce n'est combattue, par certains pays occidentaux. Les États-Unis ou le Canada ne participent, par exemple, tout simplement pas aux négociations. La Russie semble également réticente à ce projet, bien qu'elle ait voté pour en 2014. La Chine, quant à elle est favorable à ce traité ONU. L'Union Européenne (UE), pour sa part, ne se montre pas très collaborative dans les négociations. Après avoir boycotté la première session en 2015, elle a participé à la deuxième sans prendre réellement part aux débats. Lors de la troisième session de 2017, elle a mis en cause la validité du mandat du groupe de travail au-delà de la troisième session<sup>365</sup>, et a voulu mettre fin au financement de ce groupe de négociation, afin d'obtenir la suppression pure et simple du groupe. Alors que le Parlement européen a adopté le 4 octobre 2018 une résolution en faveur de ce traité contraignant<sup>366</sup>, lors de la quatrième session de négociation, les services diplomatiques de l'UE et les États membres de l'Union, poursuivant la stratégie de diversion adoptée depuis 2015, n'ont pas contribué aux discussions de fond. L'UE s'est dissociée des recommandations du groupe de travail sans pour autant s'opposer à l'adoption de la version révisée des conclusions. La présidence du groupe de travail a alors pu clore la session grâce à la pression de la société civile et à la capacité des États favorables au traité à faire adopter un programme de travail consensuel, comprenant la publication d'un texte révisé en juillet 2019 et la tenue d'une 5ème session de négociation en Octobre 2019.

Le projet révisé du traité ONU<sup>367</sup> se profile comme une convention-cadre qui ouvre offi-

---

364. ActionAid, Les Amis de la terre France, Attac, CCFD-Terre-solidaire, Collectif éthique sur l'étiquette, la CGT, France Amérique latine, Sherpa et Union syndicale Solidaires, Ligue des droits de l'Homme.

365. Face au constat que seules trois sessions avaient été décrites en détail dans la résolution, les États-Unis et d'autres États argumentèrent que le mandat du groupe de travail devait être estimé terminé.

366. De nombreux parlementaires européens ont lancé, aux côtés de parlementaires nationaux, un réseau interparlementaire mondial en soutien au traité en octobre 2017. <http://bindingtreaty.org/>.

367. Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé de l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme (GTI). Projet révisé d'un instrument juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises, 16 juillet 2019, [consulté le 15 février 2020]. Disponible à l'URL : [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG\\_RevisedDraft\\_LBI.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf) [le projet révisé].

ciellement la voie à la négociation d'un protocole additionnel. Il est plus précis et plus fort que la première version : les principes sont ainsi, par exemple, réunis en début de texte, les arrangements institutionnels regroupés ensemble, et un nouveau paragraphe est ajouté au préambule, qui reconnaît les impacts des violations des droits humains sur les femmes et les filles, les enfants, les peuples indigènes, les personnes avec un handicap, les personnes migrantes et réfugiées. En outre, a été introduit un article complet sur la responsabilité juridique des entreprises qui est plus proche du droit international et de la pratique nationale prévalant, que les dispositions connexes de l'avant-projet. Le projet révisé présente également de nouveaux articles sur la mise en œuvre (art. 15) et sur le règlement des différends (art. 16), tout en proposant un libellé plus complet et rationalisé quant à l'accès aux voies de recours, à la justice et aux réparations. « Article 16. Settlement of Disputes 1. If a dispute arises between two or more State Parties about the interpretation or application of this (Legally Binding Instrument), they shall seek a solution by negotiation or by any other means of dispute settlement acceptable to the parties to the dispute. 2. When signing, ratifying, accepting, approving or acceding to this (Legally Binding Instrument), or at any time thereafter, a State Party may declare in writing to the Depositary that, for a dispute not resolved in accordance with paragraph 1 of this article, it accepts one or both of the following means of dispute settlement as compulsory in relation to any State Party accepting the same obligation : (a) Submission of the dispute to the International Court of Justice ; (b) Arbitration in accordance with the procedure and organization mutually agreed by both State Parties. 3. If the State Parties to the dispute have accepted both means of dispute settlement referred to in paragraph 2 of this article, the dispute may be submitted only to the International Court of Justice, unless the State Parties agree otherwise. »

Par ailleurs, il faut également souligner des améliorations majeures dans le domaine de la responsabilité juridique, puisqu'une partie des dispositions présentes dans l'avant-projet est conservée, mais la grande majorité de l'article (actuellement l'article 6) a été largement reformulée et rationalisée. Certaines dispositions visent ainsi à créer un système complet de responsabilité juridique en cas d'abus des droits humains commis par des entreprises ou avec leur participation. L'article 6(1) indique par exemple :

Les États parties devront faire en sorte que leur législation nationale offre un système complet et approprié de responsabilité juridique en cas de violation ou d'abus commis dans le contexte d'activités commerciales, notamment celles de nature transnationale.

L'article 6(6) propose, pour sa part, une norme de responsabilité juridique d'une entreprise s'agissant du tort causé par une autre entreprise, où que cette dernière se trouve, si la première contrôle ou supervise les activités ayant causé du tort. Toutefois, la portée de cette disposition est obscurcie par la référence aux « relations contractuelles » entre les deux entreprises, ce qui limite les innombrables manières dont les entreprises peuvent développer des relations.

Le projet révisé de traité montre ainsi une réelle évolution du processus visant à établir un instrument juridiquement contraignant dans le domaine des entreprises et des droits humains, et permet de surmonter la plupart des objections majeures, mais aussi des objections mineures, relatives à la portée du traité et au fait qu'il vient compléter d'autres instruments. De nombreux aspects du traité et de ses dispositions doivent encore être discutés et précisés au cours des négociations, mais le projet révisé de traité propose un texte suffisamment clair et complet pour servir de base aux futures négociations. Les modifications apportées, notamment celles relatives à la portée du traité, ainsi que l'intégration des Principes directeurs dans son préambule et dans l'article 5 sur la prévention, répondent directement aux préoccupations affichées par un groupe important d'acteurs, qui a, jusqu'à présent, été réticent à prendre une part significative au processus, notamment l'UE et ses États membres. Un engagement sérieux de la part de l'UE et d'autres États à la position similaire marquerait, en effet, un fort soutien en faveur des droits humains dans ce domaine, et améliorerait les perspectives d'une conclusion fructueuse du processus de négociation.

Le Traité révisé apporte de nombreuses améliorations, dont certaines ont été décrites ci-dessus. Deux autres améliorations méritent d'être signalées : en vertu de l'article 3(1), l'élargissement du champ d'application du projet révisé s'applique à toutes les entreprises, transnationales et locales<sup>368</sup>, et le préambule renvoie explicitement aux Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme (Principes directeurs). Il s'agit là d'une affirmation importante de la complémentarité du processus du traité avec les Principes directeurs, qui peuvent et doivent se renforcer mutuellement en tant que système international qui recherche une protection et un recours véritables pour les victimes.

---

368. Art. 1 al. 3, OEIGWG CHAIRMANSHIP Second Revised Draft of the Legally Binding Instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, 6 août 2020, [consulté le 10 septembre 2020]. Disponible à l'URL : [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG\\_Chair-Rapporteur\\_second\\_revised\\_draft\\_LBI\\_on\\_TNCs\\_and\\_OBEs\\_with\\_respect\\_to\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf).

En octobre 2020, aura lieu la 6ème Session du OEIGWG afin de continuer les négociations sur le nouvel instrument international juridiquement contraignant.

Les organisations patronales, quant à elles, considèrent que le projet met en péril le consensus atteint avec les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Parmi les craintes exprimées par l'Organisation internationale des Employeurs (OIE), le risque de freiner les investissements dans les pays industriels, émergents et en développement. Comme alternative à ce projet, elles cherchent à promouvoir les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme<sup>369</sup>. Ces firmes veulent se limiter à des principes non contraignants, organisés autour de l'idée de « responsabilité sociale des entreprises » (RSE), autrement appelé *soft law* ou "droit mou".

Pour sa part, le projet de Pacte mondial pour l'environnement prévoit une vingtaine de principes, certains déjà existants, d'autres nouveaux tels que le droit à un environnement sain, le principe de précaution, le principe pollueur-payeur, mais aussi le principe de non-régression. Le projet - présenté en 2017 par la France devant l'Assemblée générale des Nations unies - de « Pacte mondial pour l'environnement » prévoit en son article 2 une obligation de vigilance directement applicable aux sociétés transnationales. Il ne seraient ainsi pas nécessaire pour les Etat de transposer le traité dans son droit national. Le 10 mai 2018, lors de l'Assemblée générale des Nations-Unies, 143 pays ont voté en faveur d'une résolution visant à lancer un processus vers son adoption. Cinq pays s'y opposaient : les États-Unis, la Russie, la Syrie, la Turquie et les Philippines. Un groupe de travail ad hoc est donc créé afin d'identifier les lacunes du droit international de l'environnement et des instruments en matière d'environnement et évaluer la nécessité d'élaborer un nouvel instrument international. La première session de fond du Groupe de travail spécial à composition non limitée sur un pacte mondial pour l'environnement s'est tenue en janvier 2019. Les délégués ont examiné le rapport du Secrétaire général de l'ONU intitulé « Lacunes dans le droit international de l'environnement et les instruments relatifs à l'environnement : Vers un pacte mondial pour l'environnement »<sup>370</sup> Cependant, en mai 2019, lors d'une troisième session de travail, le groupe intergouvernemental de 120 pays mandatés par les Nations-Unies a abandonné l'idée d'un tel traité juridiquement

---

369. Également appelés « principes de Ruggie » du nom du juriste américain John Ruggie, alors Représentant spécial des Nations unies sur les droits de l'homme.

370. « Lacunes dans le droit international de l'environnement et les instruments relatifs à l'environnement : Vers un pacte mondial pour l'environnement » (A / 73/419).

contraignant. Il propose à la place une déclaration politique à l'horizon 2022<sup>371</sup>.

L'apport novateur de ce projet de traité résidait en réalité dans son article 2 qui prévoyant l'effet direct du droit de l'environnement et donc la possibilité pour le juge d'appliquer le droit international de l'environnement sans transposition par ses autorités nationales. Or, le droit de l'environnement existant est très largement, suffisant. Seule la volonté politique des pouvoir législatifs et exécutifs nationaux de l'appliquer est manquant<sup>372</sup>.

C'est justement tout l'intérêt du régime du principe de vigilance que de faire reposer sur les sociétés transnationales une obligation d'application préventive du droit de l'environnement, et tenter de pallier ainsi aux réticences des États.

Ces réactions du droit international nécessitent toutefois l'application de diverses techniques juridiques afin que les dispositions prévues puissent trouver une réelle application en pratique.

## SECTION 2 - La technique juridique

Dans son rapport de 2008 intitulé « Protéger, respecter et réparer : un cadre pour les entreprises et les Droits de l'Homme », John Ruggie avait proposé la mise en place d'un cadre reposant sur trois piliers : l'obligation de protéger incombant l'Etat, la responsabilité de respecter incombant aux entreprises, l'accès à des voies de recours pour les victimes de violations des Droits de l'Homme.

Ces principes généraux non-inscrits dans un instrument juridique contraignant, constituent la « doctrine de l'ONU », souvent également dénommé « Cadre Ruggie » ou « doctrine » Ruggie en raison de son absence de portée juridique, bien que le Cadre des Nations unies a été officiellement accueilli par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies en 2008, lui conférant un statut officiel. Cette doctrine détaille le devoir des Etats de protéger les droits humains, la responsabilité des entreprises de les respecter et le droit des populations affectées à des voies de recours pour obtenir justice et réparation<sup>373</sup>.

---

371. <https://www.novethic.fr/actualite/environnement/climat/isr-rse/le-pacte-mondial-de-l-environnement-tue-dans-l-uf-147345.html>.

372. Makowiak J., « Et en même temps », *Revue juridique de l'environnement*, vol. volume 43, no. 2, 2018, p. 219.

373. Voir le rapport de l'ONU, "Protect, Respect and Remedy : a Framework for Business and Human Rights", 2008, [consulté le 20 mars 2019]. Disponible à l'URL : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/62/PDF/G0812862.pdf?OpenElement>

Toutefois, chaque année des milliers de plaintes sont toujours déposées par des personnes privées relatives à des allégations de violations des droits de l'Homme réalisées par des sociétés transnationales, et sont traitées par le système de promotion et de protection des droits de l'Homme des Nations unies : la « révolution silencieuse du droit international ».

Le processus onusien visant à élaborer un instrument international juridiquement contraignant vise donc à combler les failles actuelles du droit international et à pallier les insuffisances des normes volontaires.

En juin 2014, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a adopté la résolution 26/9<sup>374</sup>, par laquelle il décide de créer un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, qui sera chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises<sup>375</sup>. Cette résolution établit un groupe de travail intergouvernemental à la composition non limitée chargé de développer un instrument juridiquement contraignant sur les entreprises et les droits humains. La résolution, a été coparrainée par l'équateur et l'Afrique du sud et adoptée par un vote affirmatif de 20 États membres du Conseil de droits de l'homme, tandis que 13 États se sont abstenus et que 14 ont voté contre.

Les standards volontaires, uniques cadres existant actuellement à l'échelle internationale, ne sont, en effet, pas une réponse suffisante pour prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement commises par les sociétés transnationales. L'absence de caractère contraignant de ces normes volontaires ne permet pas aux victimes de se défendre face aux sociétés transnationales œuvrant en application des traités d'investissement.

Un encadrement contraignant par le droit est donc nécessaire. Les sociétés transnationales conduisant des activités dans plusieurs pays dépendent ainsi de plusieurs juridictions. Organisées en groupes de sociétés, au moyen de longues et complexes chaînes de sous-traitances situées dans divers pays, les activités sont réparties entre filiales, sous-traitants, fournisseurs et autres partenaires commerciaux. Or, comme il s'agit d'entités juridiques supposément indépendantes soumises à des juridictions différentes, les maisons-mères ou sociétés donneuses d'ordre ne sont pas légalement tenues pour responsables des

---

374. [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9)

375. Ruggie J., "A UN Business and Human Rights Treaty?", Harvard John F. Kennedy School of Government, January 28, 2014.

atteintes graves aux droits humains et à l'environnement commises par leurs filiales ou par d'autres entreprises dans leur sphère d'influence (sous-traitants, fournisseurs, etc.). En effet, l'autonomie de la personne morale permet de protéger la maison-mère de toute action menée à son encontre du fait des activités de sa filiale. Ce principe constitue en réalité un obstacle majeur dans le parcours du combattant que mènent les victimes pour accéder à la justice et obtenir réparation.

Seul un traité mettant en place des dispositions coercitives permettrait par conséquent l'effectivité de la norme. C'est donc ce que prévoit le projet de traité ONU dans sa première version. Le projet prévoit ainsi que seule l'affirmation explicite de l'application des dispositions claires et suffisantes de ce traité aux entreprises localisés sur le territoire des États signataires sans qu'il soit nécessaire que ces dispositions aient été transposées dans leur droit national est de nature à permettre aux victimes d'obtenir une réparation effective de la violation des droits humains (effet direct dit horizontal du traité). Il souligne de plus la nécessité d'un effet direct horizontal du traité. En effet, seule l'affirmation d'une obligation de vigilance directement à la charge des entreprises localisées sur le territoire d'un État signataire de veiller à l'application des droits humains ou de veiller à ce que des tiers appliquent les droit humains et ce de façon extraterritoriale, c'est-à-dire en dehors du territoire national où elle est localisée, est de nature à rendre effectifs ces droits humains en leur imputant une responsabilité personnelle en cas de manquements à cette obligation. L'effet direct est l'aptitude d'une norme à créer directement des droits et obligations pour les particuliers pouvant être invoqués contre des États ou contre des particuliers, sans nécessité de transposition et de ce fait d'intervention de l'État. La notion d'effet « direct horizontal » d'un droit international consiste dans l'application de ce droit dans les relations privées et se perçoit comme une extension du droit international aux rapports interpersonnels.

L'applicabilité directe peut être définie comme l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités juridictionnelles de l'État où cette règle est en vigueur.

L'article 9 du projet de traité rend également obligatoire les articles 17 à 26 des principes directeurs de l'ONU. Il impose aux sociétés transnationales, un plan de vigilance comprenant certaines obligations telles que la cartographie des risques, la détermination des actions de préventions, la communication et la transparence, la mise en oeuvre de la responsabilité civile de la société mère en cas de manquement.

Toutefois, la dernière version du traité, qui sera discuté en octobre 2020 à Genève, ne fait cependant plus référence à une obligation directe s'imposant à une société transnationale<sup>376</sup>. Les Etats parties au processus de négociation s'opposent sur la nature à donner à la convention : faut-il en faire un accord-cadre qui sera ensuite transposé dans les législations nationales ou plutôt une norme directement applicable? Cette décision de principe n'ayant pas encore été prise, la convention contient des éléments des deux approches, ce qui explique que sa structure manque d'uniformité et de clarté.

La nécessité de l'effet direct afin de rendre effectif un accord international peut également s'observer à travers de nombreux textes internationaux. A titre d'exemple, le PIDESC adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 16 décembre 1966, entré en vigueur en 1976 et ratifié par la France le 4 novembre 1980 prévoit l'effet direct de son contenu. En 2019, 170 États sont parties au PIDESC. C'est le texte de référence en matière de droits économiques, sociaux et culturels. Il vient préciser la définition et l'étendue des DESC reconnus dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme et leur donner une force juridique contraignante en droit international. Un mécanisme de surveillance est, par ailleurs, prévu par le PIDESC aux articles 16 et 17. Il est confié au Conseil économique et social (« ECOSOC »), qui est l'organe de coordination des activités économiques et sociales de l'ONU. En 1985, l'ECOSOC a créé le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (« le Comité » ou « CODESC »), qui a pour fonction de surveiller la mise en œuvre du Pacte par les États parties sous la forme d'examen périodiques (tous les 5 ans). Régulièrement, le Comité publie également des « observations générales » destinées à interpréter les différentes dispositions du Pacte, en précisant ainsi le contour des droits qui y sont contenus et l'étendue des obligations des États. Cet effet direct permet l'effectivité concrète du droit international public grâce à l'initiative d'une personne privée, soit contre l'État -effet direct vertical du droit international public- soit contre une autre personne privée -effet direct horizontal du droit international public.

La notion d'obligations extraterritoriales et sa consécration concrète opérée notamment par le PIDESC permettrait dans une certaine mesure de responsabiliser les sociétés transnationales. L'extraterritorialité est une « situation dans laquelle les compétences d'un État (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit État »<sup>377</sup>. Toutefois, en matière de droits de l'homme, de

---

376. <https://www.ohchr.org/EN/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>

377. Salmon J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/Agence universitaire de la Francophonie, Bruxelles, 2001, p. 491.

nombreux États continuent d'interpréter leurs obligations comme étant uniquement applicables à l'intérieur de leurs frontières, en dépit du principe d'universalité de ces droits. Cette tentative de limitation territoriale des obligations des États a généré des lacunes dans la protection des droits humains tel que par exemple le manque de régulation en matière de droits humains et de mise en responsabilité des sociétés transnationales. Ainsi, sans les obligations extraterritoriales, les droits humains ne peuvent pas jouer leur rôle de cadre juridique pour la régulation des activités des sociétés transnationales et la protection des victimes de leurs actions. Les obligations des États cessent alors d'être verticalement définies. Il ne s'agit plus seulement de se conforter aux recommandations du Pacte à l'intérieur de ses frontières mais de voir naître des obligations horizontales entre les États. L'article 2 du PIDESC indique que « chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort personnel que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économiques et techniques, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus par le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ». Le Comité DESC va plus loin au titre de cet article 2 dans son Observation générale n° 3<sup>378</sup> en précisant que les États ont des obligations dites extraterritoriales. Ils ne doivent pas seulement respecter, protéger et promouvoir les DESC sur leur propre territoire, mais aussi sur les territoires des autres États sur lesquels ils sont présents, notamment à travers les acteurs privés et publics qui agissent à l'étranger en matière économique, commerciale et financière, en particulier les sociétés multinationales. Ces trois niveaux d'obligations extraterritoriales - respecter, protéger et promouvoir - impliquent pour les États de : s'abstenir de mener des actions qui entravent, directement ou indirectement, l'exercice des DESC dans d'autres pays (obligation de respecter) ; contrôler que l'ensemble des acteurs sous leur juridiction - y compris les sociétés - respectent les DESC quand ils agissent dans d'autres pays (obligation de protéger) ; soutenir par la coopération internationale les pays moins développés à mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels (obligation de mettre en œuvre). Cette typologie des obligations s'inscrit dans la droite ligne des « Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels » adoptés le 28 septembre 2011 par un groupe d'experts<sup>379</sup> de droit international

---

378. <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/french/f-HRC-comment3-1981.htm>

379. Un groupe d'environ 40 experts s'est employé à saisir les obligations des États de manière systématique et juridique. Chapeauté par le *Maastricht Center for Human Rights* de l'Université de Maastricht et la Commission internationale des juristes, ce groupe comprend des anciens ou des actuels membres des organes de traités internationaux sur les droits humains et des procédures spéciales du

de toutes les régions du monde. Ces principes visent avant tout à clarifier les obligations extraterritoriales des États sur la base du droit international existant. Ces points sont examinés par le Comité DESC lors des examens des États ce qui oblige à adapter la législation de chaque pays aux exigences du PIDESC en matière d'obligations extraterritoriales. S'agissant du cas de la France, elle élabore chaque année un rapport périodique sur la mise en œuvre du PIDESC. Lors de son 4e rapport périodique<sup>380</sup>, la Plateforme DESC reproche ainsi à la France de ne pas avoir abordé ses obligations extraterritoriales : le cadre juridique est là mais les engagements budgétaires et politiques restent contraires aux obligations de la France.

Par ailleurs, jusqu'en 2008, une inégalité subsistait entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. Contrairement au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le PIDESC ne disposait d'aucune procédure de recours internationale devant les Nations unies en cas de violation d'un des droits contenus dans le Pacte. Adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 2008 le Protocole facultatif au PIDESC établit ainsi des procédures de plaintes au niveau international pour les personnes dont les droits économiques, sociaux et culturels (tels que définis dans le Pacte) ont été violés et qui n'ont pas obtenu justice dans leur propre pays. Ces plaintes sont directement adressées au Comité pour les droits économiques, sociaux et culturels. Ratifié par la France le 13 novembre 2014, le Protocole facultatif au PIDESC est entré en vigueur en France le 18 mars 2015. Un recours à l'échelle internationale sous la forme de plaintes individuelles ou collectives a ainsi été mis en place et permet aux individus dont les droits ont été bafoués, et qui n'ont pas pu accéder à un recours effectif au niveau national, de demander justice via les Nations unies afin d'obtenir compensation des dommages subis. Cette procédure permet de renforcer la reconnaissance et la protection des DESC aux niveaux national et international et par là même de consolider les principes d'universalité et d'indivisibilité des droits fondamentaux.

Dans cette perspective, il est également possible de se poser la question de considérer les sociétés multinationales comme des sujets de droit à part entière, détenteurs d'un

---

Conseil des droits de l'homme de l'ONU ainsi que des universitaires et des experts juridiques de la société civile. Il a obtenu le soutien du Consortium ETO (« Extraterritorial Obligations »), un groupement de 70 institutions de la société civile et du domaine académique, auquel appartient *FoodFirst Information and Action Network FIAN International*.

380. Grosbon S., « Observations finales du CODESC sur le 4ème rapport périodique de la France : Morceaux choisis », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 19 juillet 2016, [consulté le 26 novembre 2019]. Disponible à l'adresse URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2504>; DOI : 10.4000/revdh.2504.

certain nombre de prérogatives mais non affranchis des devoirs qui les accompagnent, en particulier en termes de respect des DESC.

Cependant, bien que ratifié par 170 États, l'application effective du PIDESC fait encore extrêmement défaut, que ce soit à l'échelle nationale ou extraterritoriale. Les principaux bénéficiaires de cette non-application du droit sont les sociétés multinationales ou transnationales. En effet, si les sujets de droit visés par le PIDESC sont les États signataires, les multinationales échappent de ce fait à cette législation et adoptent en fonction des pays dans lesquels elles sont implantées un traitement différencié à leurs employés. Contrairement aux États et aux personnes physiques, ces sociétés n'ont pas de personnalité juridique internationale. Il n'existe que des sociétés nationales ayant des participations dans des sociétés étrangères. Il en résulte qu'une société transnationale dont le siège social est en France n'est pas juridiquement responsable devant une juridiction étrangère si ses filiales à l'étranger polluent l'environnement, exploitent ou maltraitent ses salariés ou ses sous-traitants. La dérégulation permet ainsi aux acteurs économiques de traverser les frontières pour revenir au siège social dans les pays riches ou de s'arrêter dans des paradis fiscaux ; mais la responsabilité juridique, elle, reste dans les pays où le droit social, environnemental, fiscal est moins exigeant ou moins appliqué, par l'incorporation des sociétés transnationales au sein de ces ordres juridiques. À l'échelle nationale, le non-respect des DESC par les États leur permet, dans le cadre d'une promesse d'investissement, de faire jouer la concurrence entre les États les moins respectueux des DESC et de négocier un moins disant social en leur faveur. À l'échelle extraterritoriale, les sociétés transnationales bénéficient de l'absence de réglementation (aussi bien au niveau national qu'international) pour agir en toute impunité dans des pays étrangers (non reconnaissance de voies de recours pour les victimes, dissolution de la responsabilité à travers les filiales et sous-traitants, etc.). En revanche, si les obligations des traités internationaux ne concernent effectivement que les États, les droits consacrés dans les traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme, s'adressent eux directement aux personnes : l'État est débiteur d'obligations (respecter, protéger et mettre en œuvre les droits) et la personne est créancière de ces droits (elle est alors légitime à revendiquer le respect de ses droits par les États). Ainsi quand une société viole les droits de l'Homme sans être condamnée et sans que les victimes puissent porter plainte, c'est l'État qui est en cause. En effet, dans un certain nombre de pays, les sociétés transnationales jouissent d'une impunité totale au plan judiciaire, bénéficiant de législations clémentes, de systèmes de corruption, pour ne jamais

assumer leurs responsabilités. Il s'agit alors de démontrer le caractère déterminant du lien capitalistique entre la société mère et la société filiale pour donner compétence à la juridiction de l'État de la première.

L'effondrement du Rana Plaza ayant entraîné la mort de 1 127 personnes le 24 avril 2013 à Dacca met de nouveau en lumière ce vide juridique et l'urgence de légiférer en la matière. L'immeuble abritait plusieurs ateliers de confection travaillant pour de nombreuses marques internationales de vêtements. Le tapage médiatique provoqué par ce drame permit de se rendre compte que les ouvriers de ces enseignes avaient fait de nombreuses réclamations et organisés des grèves pour l'amélioration de leurs conditions de travail sans que cela n'aboutisse. La communauté internationale se rend alors compte du peu de droits syndicaux existants, des violations des normes élémentaires de sécurité dans le but d'accroître la productivité. Parmi les sociétés qui employaient des ouvriers au moment de ces drames on retrouve de nombreuses enseignes françaises ce qui place la France au centre du problème et la met face à ses responsabilité en ne réglementant pas ses sociétés lorsqu'elles agissent à l'étranger. Face à ce drame, la seule réponse donnée fut l'octroi de fonds d'indemnisation aux victimes et à leurs familles.

La convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, pose, par ailleurs, à l'article 26 le principe du respect obligatoire des traités *pacta sunt servanda* et à l'article 27 le principe de la supériorité du droit international sur le droit interne<sup>381</sup>. Cela confirme ainsi la nécessité de conférer au traité ONU un effet direct rendant son contenu contraignant. Pour sa part, la Cour suprême des États-Unis avait déjà reconnu en 1829<sup>382</sup> qu'un traité pouvait parfois s'appliquer directement, sans la nécessité d'une mesure nationale d'application. Ce traité est alors dit *self executing* traduit aujourd'hui usuellement par effet direct.

Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, elle a développé sa propre méthode de détermination de l'effet direct des accords entre les Communautés ou entre l'Union Européenne et les États tiers. Les règlements sont ainsi d'application directe dans les États membres en raison des dispositions des traités – T.F.U.E, art. 288, al 2. Les autres sources du droit, tels que les traités originaires, les directives, les décisions et le droit conventionnel, sont soumises à la décision de la C.J.U.E qui décide de leur caractère *self executing* en s'inspirant de la jurisprudence américaine en appliquant des critères élaborés dans l'arrêt de 1963 Van Gend & Loos Article 288 T.F.U.E (ex-art. 249 TCE)<sup>383</sup>.

---

381. Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

382. *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. 2 Pet. 253 253 (1829), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/27/253/case.html>

383. « lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'accord, elle comporte une

Par ailleurs, lorsque les États ne respectent pas leurs obligations, les particuliers peuvent invoquer l'effet direct des directives afin de les faire appliquer<sup>384</sup>.

Toutefois, afin de rendre efficace l'effet direct de son contenu, le traité ONU doit tenir compte de l'arrêt de la Cour de Cassation du 21 avril 1983 qui précise que « la notion d'effet direct d'un traité [...] implique que l'obligation assumée par cet État soit exprimée d'une manière complète et précise et que les parties contractantes aient eu l'intention de donner au Traité l'objet de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus »<sup>385</sup>. De surcroît, le Conseil d'État, dans l'arrêt GISTI et FAPIL du 11 avril 2012<sup>386</sup> a posé une nouvelle « ligne de conduite » en précisant la doctrine de l'invocabilité directe des normes internationales énoncée à l'occasion de l'arrêt GISTI de 1997<sup>387</sup>. En effet, selon le Conseil d'État, les stipulations d'un accord international qui ne sont pas dotés d'effet direct ne peuvent être invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, y compris à l'encontre d'un acte réglementaire, comme cela était le cas en l'espèce dans l'arrêt GISTI. L'arrêt GISTI et FAPIL permet de préciser que lorsque « les stipulations d'un traité ou d'un accord [sont] régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution [ils] peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ». De plus, le Conseil d'État précise que « sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ». En conséquence, afin que les dispositions du traité ONU soit effectives, il est nécessaire qu'elles créent des droits directement invocables par les particuliers, qu'elles n'aient pas

---

obligation claire et précise, qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur. », CJCE 5 février 1963, Van Gend & Loos, affaire n° 26-62, Rec. 7.

384. La Cour de justice européenne, dans l'arrêt Van Duyn du 4 décembre 1974 a donné un effet direct aux directives transposées ou non.

385. Cass. 21 avril 1983, RCJB 1985. 22, note M. Waelbroek.

386. CE, Ass., 11 avril 2012 GISTI et FAPIL, publié au recueil Lebon, n° 322326

387. CE, sect., 23 avr. 1997, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés, n° 163043.

pour objet exclusif de régir les relations entre États, et, enfin, qu'elles ne requièrent pas d'acte complémentaire pour pouvoir produire des effets à l'égard des particuliers.

D'autres exemples de devoir de vigilance des États ont été adoptés telle que l'Organisation des États américains – O.E.A - fondée en 1948 qui réunit trente cinq États du continent américain et des Caraïbes. L'O.E.A. comprend deux organismes d'application du droit : la Cour inter-américaine des Droits de l'Homme -Cour I.D.H.- et la Commission inter-américaine des Droits de l'Homme – C.I.D.H.-. La Commission a ainsi adopté des décisions concernant le devoir des États de protéger les individus des impacts négatifs des activités des sociétés, notamment en cas de menaces ou de violations du droit de propriété des peuples autochtones. Dans l'affaire *Peuple autochtone yanomami c. Brésil* relative à la construction de l'autoroute Transamazonienne BR 210 *Rodovia Perimentral Norte*, la commission a ainsi affirmé que l'État a violé le droit de propriété des peuples autochtones en violation de l'article XXIII de la Déclaration américaine et devoirs de l'Homme ainsi que le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne<sup>388</sup>. La Cour inter-américaine a identifié cette responsabilité dans une affaire qui lui a été soumise affirmant qu'un fait illicite qui viole les droits de l'Homme et qui n'est pas directement imputable à un État (par exemple, parce que c'est le fait d'une personne privée ou parce que la personne responsable n'a pas été identifiée) peut mettre en cause la responsabilité internationale de l'État, non pas pour le fait en tant que tel, mais en raison du manque de *due diligence* (devoir de vigilance) dont l'État a fait preuve pour prévenir la violation ou répondre à celle-ci tel qu'exigé par la Convention<sup>389</sup>.

L'exemple de l'accord sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments au Bangladesh est également un bon exemple de l'effectivité permise par le caractère contraignant prévu dans l'accord. En avril 2013, l'effondrement de l'immeuble Rana Plaza, au Bangladesh, faisait plus de 1100 victimes et attirait l'attention du monde entier sur les conditions de sécurité et de travail des ouvrières textiles dans ce pays, où se fournissent massivement les grandes marques occidentales. L'« Accord du Bangladesh sur la sécurité contre les incendies et la sécurité des bâtiments », signé en 2013 après la tragédie industrielle, associant multinationales donneuses d'ordre, syndicats internationaux et ONG, sous l'égide de l'Organisation internationale du travail est le premier accord ayant force de loi qui oblige les marques de vêtements à aider leurs sous-traitants à éliminer les risques liés à l'incendie et à la structure des bâtiments. Cet Accord est une première révolution puisque c'était la

---

388. Case N ° 7615 (Brazil), Inter-Am Comm HR, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1984-1985, Doc off OEA/Ser.L/V/II.66 Doc. 10 rev. 1, 1985.

389. Cour IDH, *Velázquez Rodríguez c. Honduras*, jugement sur le fond, 29 juillet 1988, Séries C n ° 4.

première fois que des multinationales prenaient certains engagements contraignants en ce qui concerne les conditions de travail chez leurs fournisseurs, et acceptaient que syndicats et ONG aient leur mot à dire sur le processus. Il a d'ailleurs été renouvelé pour trois années supplémentaires en 2018. Avec près de 200 signataires de marques, l'Accord de transition 2018 prolonge les protections de l'Accord jusqu'au 31 mai 2021, à moins qu'un comité de suivi conjoint (composé des signataires de la marque Accord, des signataires des syndicats de l'Accord, de l'Association des fabricants et exportateurs de vêtements du Bangladesh, de l'Organisation internationale du travail et du gouvernement du Bangladesh) convient à l'unanimité qu'un ensemble de conditions rigoureuses pour un transfert à un organisme de réglementation national ont été remplies auparavant.

Une décision d'un tribunal arbitral de La Haye de 2017<sup>390</sup> confirme d'ailleurs le caractère légalement contraignant du mécanisme d'application de l'Accord sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments au Bangladesh. Le jugement déclare recevables les recours introduits par IndustriALL et UNI contre deux grandes marques de mode, par IndustriALL et UNI contre deux grandes marques de mode, lesquels accèdent à la deuxième phase d'arbitrage, dans laquelle ils seront examinés au fond. La première marque a conclu un accord en décembre 2017 et la seconde en janvier 2018. Les marques ont ainsi respecté toutes les conditions des accords, y compris le versement de plus de 2,3 millions de dollars américains pour remédier aux conditions dangereuses dans les usines de prêt-à-porter du Bangladesh. L'Accord distribuera par la suite l'argent aux usines éligibles.

Avec ces deux recours, c'est la première fois qu'est mis à l'épreuve le mécanisme de responsabilisation sans précédent de l'Accord du Bangladesh. Les recours déposés contre ces grandes marques leur reprochent notamment de ne pas avoir obligé leurs fournisseurs à remettre leurs installations en état dans les délais imposés par l'Accord et de ne pas avoir négocié de conditions commerciales qui permettent, financièrement, à ces fournisseurs de supporter les coûts de ces remises en état. Le fait que l'Accord soit juridiquement contraignant est à la base de son efficacité et cette décision est un bon exemple de prise en compte de l'intérêt des victimes face aux agissements des sociétés transnationales.

L'obligation de vigilance permet ainsi de percer le *corporate veil* et les refus d'exequatur sur le fondement de la responsabilité personnelle.

Les initiatives du droit international pour protéger les droits de l'homme sont naturelle-

---

390. <https://pcacases.com/web/sendAttach/2238>

ment suivies de diverses mesures adoptées par les ordres juridiques nationaux.

## **Chapitre 2 -**

# **La réaction des ordres juridiques nationaux**

Le droit positif accordant une grande liberté dans le choix de la norme applicable lors de la conclusion et l'exécution des contrats extractifs internationaux, les ordres juridiques nationaux réagissent afin d'encadrer ces choix et compenser l'innapplicabilité de nombreuses normes (Section 1). La notion d'ordre public permet également au juge judiciaire et aux arbitres de renforcer la responsabilité des sociétés transnationales (Section 2).

### **SECTION 1 - La pratique normative**

De nombreux ordres juridiques nationaux (B) ont également adoptés de nouvelles mesures afin de limiter les conséquences - évoquées précédemment - des choix des sociétés transnationales dans leurs contrats internationaux ou dans le choix de leur système de contentieux (A).

#### **A. Le système de règlement des différends dans les accords internationaux**

Face au mouvement de contestation de la société civile et de certains gouvernements, la Commission européenne a mis en place un nouveau type de règlement des différends entre investisseurs et États en application des TBI.

## 1. La contestation des systèmes de règlement des différends des accords d'investissement

Le cas de la décision de la Cour de justice de l'Union Européenne concernant la clause d'arbitrage entre investisseurs et États incluse dans le TBI entre les Pays-Bas et la Slovaquie est un exemple significatif de la contestation de ces systèmes de règlement des différends issus des TBI.. En 2008, la Slovaquie avait été attaquée par un groupe d'assurances néerlandais suite à sa décision en 2006 de ne pas poursuivre dans le sens de la libéralisation du marché de l'assurance maladie initiée en 2004. Le tribunal arbitral avait condamné la Slovaquie à verser environ 22,1 millions d'euros de dommages et intérêts. La Slovaquie avait par la suite contesté cette décision devant les juridictions allemandes, saisies par l'investisseur néerlandais pour exécuter la sentence, en invoquant l'incompatibilité de la clause d'arbitrage avec plusieurs dispositions du traité sur le Fonctionnement de l'UE La Cour Fédérale de Justice allemande s'était alors tournée vers la CJUE pour l'interroger. Pour tenter de veiller à une application uniforme et cohérente du droit européen, la BGH renvoya en effet des questions préliminaires à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), conformément à l'article 267 du T.F.UE La question la plus importante portant sans doute sur l'utilisation des tribunaux arbitraux au titre des TBI intra-UE au regard de l'article 344 du T.F.UE, qui semble au contraire renvoyer tous les différends à la CJUE<sup>391</sup>. La BGH demanda également si l'article 18 du T.F.UE (concernant la non-discrimination) est violé par l'octroi de droits spéciaux à certains citoyens européens et pas à d'autres dans le cadre des TBI intra-UE. Le 29 septembre 2016, La Commission a ainsi déterminé que les garanties « supplémentaires » intra-UE en matière d'investissement étaient excessives et incompatibles avec le droit européen, et que l'Autriche, les Pays-Bas, la Roumanie, la Slovaquie et la Suède devaient mettre fin à leurs TBI intra-UE respectifs<sup>392</sup>. La Commission souligna que la plupart de ces traités avaient été conclus dans les années 1990 entre les États membres européens existants à l'époque et des pays qui ont rejoint l'Union européenne plus tard, en 2004 et 2007. La plupart d'entre eux étaient des anciens États communistes où l'état de droit et la propriété privée étaient des concepts balbutiants, timidement redécouverts. Aussi, la Commission considéra qu'il aurait été prudent d'élaborer d'autres mesures afin de protéger l'investissement étranger.

391. "Intra-EU BITs before the Court of Justice of the EU", Global Investment Protection,[en ligne] 24 mai 2016, [consulté le 10 mai 2017]. Disponible à l'URL : <http://www.globalinvestmentprotection.com/index.php/intra-eu-bits-before-the-court-of-justice-of-the-eu>

392. Commission européenne. (2016, 29 septembre). *Procédures d'infraction du mois de septembre : principales décisions*. Disponible à l'URL : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-3125\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3125_fr.htm).

Elle argua cependant que des années de transformation rigoureuse et l'adaptation obligatoire aux exigences de la législation européenne avant leur entrée dans l'Union rendaient ce type de protection obsolète, et d'un point de vue légal, nulle et non avenue.

## 2. Le système juridictionnel d'investissement du CETA

Le C.E.T.A., traité international de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada signé fin 2016<sup>393</sup>, prévoit, outre la réduction importante des barrières tarifaires et non-tarifaires ainsi que de nombreuses dispositions liés à l'exportation de biens et de services<sup>394</sup>, la mise en place d'un cadre d'investissement stable et favorable aux entreprises européennes et canadiennes notamment en termes de normalisation et de régulation. Il prévoit notamment la création d'un système juridictionnel d'investissement<sup>395</sup>, vivement critiqué par le Parlement européen. Malgré l'accroissement des exportations<sup>396</sup> suite à la mise en œuvre provisoire du C.E.T.A. depuis 2017, selon les opposants à ces traités bilatéraux d'investissements, la ratification de ce traité par les États membres de l'Union serait une atteinte à la souveraineté des États, notamment du fait de l'instauration d'un mécanisme de règlement des différends spécifique aux litiges investisseurs/États.

L'ISDS, ou RDIE, est un mécanisme qui permet de garantir, dans un accord international d'investissement, le « respect des engagements réciproques pris par les États signataires en matière de protection des investissements »<sup>397</sup>, qui a connu un essor spectaculaire depuis

---

393. À ce jour, l'essentiel des dispositions prévues par le C.E.T.A. sont entrées en vigueur, car relevant de la compétence exclusive de l'Union européenne. Pour l'application des chapitres restant, et pour entrer définitivement en vigueur, le texte a besoin d'une ratification des différents parlements régionaux et nationaux de l'Union européenne. L'Assemblée nationale française a adopté le texte le 23 juillet 2019, qui devra être examiné à l'automne par le Sénat. Mais l'accord ne sera pleinement appliqué, qu'après sa ratification, par l'ensemble des parlements nationaux de l'Union européenne. Le refus de ratifier d'un seul des parlements concernés remettrait en cause l'ensemble du processus. Dans l'hypothèse d'un vote positif, la France deviendrait le 14e pays européen à ratifier le texte.

394. Le Canada est un partenaire commercial important de l'UE Il est le 10e partenaire commercial de l'Union européenne, tandis que l'UE est le 2e partenaire commercial du Canada – après les États-Unis.

395. Le C.E.T.A. prévoit qu'en cas de désaccord avec la politique publique menée par un État, une multinationale peut porter plainte auprès d'un tribunal spécifique, indépendant des juridictions nationales qui pourraient être suspectées de trancher plus souvent en faveur de leur État. Ce tribunal sera public et composé de juges professionnels et indépendants nommés par l'Union européenne et le Canada et tenus aux normes éthiques les plus élevées grâce à un code de conduite strict. Mais des craintes se sont exprimées vis-à-vis de ce mécanisme, qui pourrait affaiblir le pouvoir régulateur des États Membres. La Commission européenne a ainsi renforcé l'indépendance, l'impartialité et la transparence de ce système d'arbitrage, limité les motifs pour lesquels un investisseur pouvait contester un État et réduit l'impact de ses décisions. Les modalités de ce système doivent encore être précisées par la Commission européenne et le Canada.

396. Après plus d'un an de mise en œuvre provisoire du C.E.T.A., les exportateurs européens semblent gagnants. Les exportations européennes ont crû de 7 %, les importations sont en recul de 3 % et le déferlement annoncé de viande bovine canadienne en Europe n'a pas eu lieu. Les Français, quant à eux, ont accru de 5 % leurs ventes de vins, de 22 % leurs ventes de parfum et de 8 % leurs exportations de fromages.

397. Commission européenne, Le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), 12 mars

le début des années 1990, facilité par la multiplication des traités bilatéraux de protection des investissements (TBI). Depuis la fin des années 50, ce sont près de 1400 accord comprenant des dispositions de RDIE qui ont été conclus par les 28 États membres de l'Union européenne. Ce système fonctionne à la manière d'une juridiction *ad hoc* composée d'arbitres non titulaires, choisis par les parties au litige. Les obligations déontologiques des membres du tribunal sont parfois lacunaires car les règles procédurales sont déterminées par les parties et le système de rémunération des juges est le plus souvent incitatif<sup>398</sup>, ce qui peut, dès lors, susciter des inquiétudes légitimes quant au désintéressement et à l'impartialité des intéressés. De plus, l'absence de mécanisme d'appel rend le système moins prévisible et source d'insécurité juridique. Comme indiqué précédemment, les défauts de ces systèmes de RDIE ont conduit à une augmentation importante du nombre de litiges entre investisseurs et États ainsi qu'à une inflation notable des sommes réclamées par les investisseurs.

Un nouveau système de protection des investissements dénommée Système juridictionnel des investissements (ICS), corrigeant les défauts et risques du mécanisme de RDIE classique a ainsi été introduit dans les nouveaux accords d'investissement de l'Union, tel que le C.E.T.A. et les accords UE-Singapour. Ce système de Cour sur l'investissement institue des tribunaux permanents présentés comme « indépendants et impartiaux », composé d'un tribunal de première instance et d'un tribunal d'appel. Les juges seront nommés par les États sans que les investisseurs puissent intervenir dans leur désignation. Des règles éthiques ont été par ailleurs fixées pour les membres des tribunaux institués, compilées dans un code de déontologie, leur imposant de déclarer l'ensemble des activités passées et des intérêts possédés dans le secteur privé<sup>399</sup>. L'appartenance à l'une de ces cours sera incompatible avec l'exercice de la profession d'avocat d'affaires. En outre, les sociétés devront avoir un « véritable lien économique avec les économies de l'Union européenne (...) pour pouvoir bénéficier de l'accord ». Un investisseur ne pourra non plus soumettre une plainte lorsque son investissement a été fait au moyen de déclarations frauduleuses, de corruption ou de dissimulation. Enfin, le C.E.T.A. permet aux parties d'édicter des notes d'interprétation contraignantes ayant pour but d'éviter ou de corriger toute interprétation erronée du traité par les tribunaux, ceux-ci étant tenus de respecter l'intention des parties

---

2015

398. Note de synthèse de la Commission européenne « L'investissement dans le T.T.I.P. et au-delà – La voie de la réforme. Renforcer le droit de réglementer et assurer la transition entre l'actuel système d'arbitrage *ad hoc* et la mise en place d'une juridiction sur les investissements », 5 mai 2015

399. Conseil constitutionnel, décision du 31 juillet 2017.

énoncée dans l'accord<sup>400</sup>. L'accord UE-Singapour permet toutefois à des non-magistrats de siéger<sup>401</sup>.

Malgré la signature du C.E.T.A. et des accords sur le commerce et les investissements entre l'UE et Singapour d'octobre 2018, l'entrée en vigueur effective de l'ICS demeure incertaine. Les dispositions relatives au règlement des différends relatifs aux investissements étant une compétence partagée entre l'Union européenne et les États membres, la mise en place de l'ICS est donc conditionnée à la ratification des accords de libre-échange par les 43 parlements nationaux ou régionaux de l'UE. De plus, la mise en place du Tribunal d'appel n'est pas réalisée directement par le traité. Le fait que l'ICS ne possède pas de règlement de procédure particulier, ce qui laisse aux investisseurs la possibilité de choisir un règlement d'arbitrage conventionnel tel que les règles du CIRDI, dénature l'objectif initial du système dans la mesure où, dans ce cas, l'absence d'appel est clairement affirmée<sup>402</sup> et seul un recours en annulation rendu par un organisme ad hoc est autorisé<sup>403</sup>. Enfin, la question de l'exclusivité de la compétence de l'ICS demeure également en suspens car ce système ne semble pouvoir éviter d'éventuels conflits de juridiction, notamment avec la CJUE concernant l'interprétation des traités européens et dans le cas où les parties d'un contrat prévoieraient le recours à un arbitre différent de celui du traité.

Cependant, malgré ces nombreuses interrogations, la portée des initiatives de l'UE en matière de réforme du RDIE pourraient bien être considérables car le système réformé sert désormais de cadre général pour les accords de libre-échange bilatéraux<sup>404</sup> à venir. A terme, il est même probable que ce cadre juridictionnel constitue les fondements d'un système inédit de RDIE multilatéral et permanent<sup>405</sup> : l'objectif serait de remplacer les mécanismes de règlement des différends prévus par les TBI existants, par un véritable dispositif juridictionnel permanent. Cette cour multilatérale serait alors le pendant, pour les litiges d'investissement, de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.).

La mise en place de ce mécanisme dans les nouveaux accords d'investissement n'est en

---

400. Secrétariat général du Conseil, Instrument interprétatif commun concernant l'AECG, 27 octobre 2016.

401. Commission européenne – Fiche d'information – Éléments clés des accords sur le commerce et les investissements entre l'UE et Singapour, Strasbourg, 18 avril 2018.

402. Art. 53 de la Convention de Washington.

403. Ibidem, Art. 52 de la Convention de Washington.

404. Rapport au Premier ministre, L'impact de l'Accord Économique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/C.E.T.A.) sur l'environnement, le climat et la santé, Katheline SCHUBERT, 7 septembre 2017.

405. Cazala J., "La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents", *Journal du droit international*, 2017, n° 1, pp. 81-98.

effet pas isolée. Le 17 juillet 2018, le président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker et le Premier ministre du Japon, Shinzo Abe, ont ainsi signé l'Accord de partenariat économique Japon-Union européenne (APE)<sup>406</sup>. Bien qu'il n'ait pas été inclus dans l'APE, l'investissement continue, toutefois, de faire l'objet de négociations entre les deux partenaires. L'Union européenne souhaite, en effet, mettre en avant son système de tribunal d'investissement. D'autres accords de libre-échange incluent, pour leur part, ce système de tribunal d'investissement tel que l'accord de libre-échange avec le Vietnam signé fin 2015. En avril 2018, l'Union européenne et le Mexique ont également signé un accord de libre-échange visant à réviser l'accord signé en 1997 incluant le STI. L'accord signé avec le Vietnam en 2015, et adopté le 17 octobre 2018 par la Commission européenne inclut aussi ce nouveau système de règlement des différends dans le cadre des traités d'investissement.

### 3. La réaction de la CJUE, l'arrêt *Achmea*

Cependant, la CJUE considère dans l'arrêt *Achmea*<sup>407</sup> que le droit de l'Union européenne s'oppose à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres, aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral. La particularité de cette décision est de concerner un mécanisme intraeuropéen. La Cour considère que le « mécanisme de résolution des différends (...) n'est pas apte à assurer que les litiges (...) seront tranchés par une juridiction relevant du système juridictionnel de l'Union, étant entendu que seule une telle juridiction est à même de garantir la pleine efficacité du droit de l'Union ». Par conséquent, « la Cour conclut que la clause d'arbitrage contenue dans le TBI porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union ». Selon la Cour de justice de l'Union Européenne, la clause d'arbitrage contenue dans le TBI entre les Pays Bas et la Slovaquie n'est ainsi pas compatible avec le droit de l'Union. L'article 344 du TFUE prévoit que « les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités [européens] à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci. »

L'article 267 du TFUE prévoit, quant à lui, que « la Cour de justice de l'Union européenne

---

406. La signature sera suivie des procédures de ratification dans l'Union européenne et au Japon. La CE estime que l'accord devrait entrer en vigueur en début d'année 2019.

407. CJUE 6 mars 2018, aff. C-284/16, *AJDA*, 2018. 1026, chron. Bonneville P., Broussy E., Cassagnabère H. et Gänser C.

est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais. »

Il découle également de l'arrêt *Achmea* que les sentences arbitrales rendues sur la base de TBI intra-UE doivent être considérées comme incompatibles avec le droit de l'UE. À ce titre, les tribunaux des États membres de l'UE, qui eux sont liés par le droit de l'UE et donc par l'arrêt *Achmea*, doivent annuler la sentence fondée sur un TBI intra-UE lorsqu'ils sont saisis d'un recours contre une telle sentence. Par ailleurs, les tribunaux des États-membres doivent, en conséquence, également refuser de reconnaître et d'exécuter ces sentences arbitrales intra-UE.

Malgré tout, la France, à l'instar de l'Allemagne, des Pays Bas, de l'Autriche et de la Finlande, avait défendu la validité du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États.

La portée de la décision rendue par la CJUE pourrait mettre fin à l'arbitrage d'investissement en Europe tel qu'il existe aujourd'hui. Ainsi, cela pourrait signifier la fin des 196 traités bilatéraux d'investissement intra européens, dotés de clauses similaires. Les États membres devraient, de ce fait, sans attendre mettre fin à tous leurs traités d'investissements contenant des clauses d'arbitrage.

Si la décision venait à être généralisée, la responsabilité internationale de l'Union européenne pourrait être engagée sur le fondement des traités de protection des investissements, auxquels l'Union européenne elle-même est partie, tel que par exemple le traité sur la Charte de l'énergie, auquel est partie à la fois l'Union européenne elle-même, mais également ses États membres. Si l'Union européenne, par l'intermédiaire de ses juridictions, tentait d'anéantir la clause d'arbitrage figurant dans le TCE pour interdire un arbitrage interne à l'Union, cela reviendrait à la situation classique où une partie à un traité se prévaut de son propre droit pour échapper à ses obligations internationales ou

plus précisément pour faire échapper l'un de ses membres à ses obligations internationales.

C'est ainsi qu'a été posé la question de la validité du système de règlement des différends contenu dans l'Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Bruxelles le 30 octobre 2016<sup>408</sup>.

L'avis rendu par la Cour de justice le 30 avril 2019<sup>409</sup>, suite à une demande introduite par le Royaume de Belgique, soulève la question de savoir si son chapitre huit (« Investissements »), section F (« Règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États ») est compatible avec les traités prévoyant la mise en place d'un mécanisme de résolution du litige qui s'éloigne fortement de l'arbitrage traditionnellement utilisé. La principale différence entre l'arbitrage et ce mécanisme « alternatif » est son caractère institutionnalisé et permanent. L'un des principaux enjeux est de déterminer si ce mécanisme de règlement des litiges préserve suffisamment l'autonomie du droit européen. En effet, « pour garantir la préservation de ces caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de l'ordre juridique ainsi créé, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union. Conformément à l'article 19 du Traité sur l'Union européenne, c'est aux juridictions nationales et à la Cour qu'il appartient de garantir la pleine application de ce droit dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle effective, la Cour détenant une compétence exclusive pour fournir l'interprétation définitive dudit droit. À cette fin, ce système comporte, en particulier, la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »<sup>410</sup>. Par conséquent, il n'est pas envisageable, aux yeux de la CJUE, que l'interprétation définitive du droit de l'Union relève d'une juridiction concurrente. En revanche, il est possible qu'une autre juridiction se voie reconnaître une compétence pour connaître de l'interprétation de l'AECG<sup>411</sup>. Enfin, « ces tribunaux étant extérieurs au système juridictionnel de l'Union, ils ne sauraient être habilités à interpréter ou à appliquer des dispositions du droit de l'Union autres que celles de l'AECG ou à rendre des sentences qui puissent avoir pour effet d'empêcher les

---

408. JO 2017, L 11, p. 23.

409. CJUE 30 avr. 2019, avis 1/17.

410. § 111, CJUE 30 avr. 2019, avis 1/17.

411. « Il résulte de ces éléments que le droit de l'Union ne s'oppose ni à ce que le chapitre huit, section F, de l'AECG prévoie la création d'un tribunal, d'un tribunal d'appel et, ultérieurement, d'un tribunal multilatéral des investissements ni à ce qu'il leur confère la compétence pour interpréter et appliquer les dispositions de l'Accord à l'aune des règles et des principes de droit international applicables entre les parties », § 118, CJUE 30 avr. 2019, avis 1/17.

institutions de l'Union de fonctionner conformément au cadre constitutionnel de celle-ci  
»<sup>412</sup>.

Ces critères étant posés, le mécanisme de règlement des litiges prévu par l'AECG répond-il positivement à ces conditions ? Pour étayer son raisonnement, la Cour de justice distingue la situation de l'AECG avec celle qui lui était présentée dans l'arrêt *Achmea*.

Deux arguments attirent l'attention. Le premier, difficilement contestable, tient dans une différence entre un traité intra-européen et un traité conclu avec un État tiers. En effet, il existe entre les États membres un « principe de confiance mutuelle » que l'on ne retrouve pas à l'égard d'un État tiers<sup>413</sup>. Par conséquent, ce principe qui a en partie justifié la solution dans l'arrêt *Achmea* ne trouve pas à s'appliquer à l'AECG.

Le second concerne les pouvoirs du tribunal arbitral. Pour la Cour de justice de l'Union européenne, « le chapitre huit, section F, de l'AECG se distingue également de l'accord d'investissement en cause dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt du 6 mars 2018, *Achmea*, dès lors que, ainsi que la Cour l'a relevé aux points 42, 55 et 56 de cet arrêt, cet accord instituait un tribunal amené à résoudre des litiges pouvant concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union »<sup>414</sup>. Autrement dit, la disposition décisive dans l'arrêt *Achmea* était celle donnant au tribunal arbitral le pouvoir de tenir compte « du droit en vigueur de la partie contractante concernée ». Or, une telle formulation est absente dans l'AECG. Pour la Cour de justice, la différence fondamentale réside donc dans le comportement du tribunal. L'appréciation d'une règle interne ou européenne par un tribunal constitué sur le fondement de l'AECG « ne saurait être assimilé[e] à une interprétation, par le Tribunal de l'AECG, de ce droit interne, mais consiste, au contraire, en une prise en compte de ce droit en tant que question de fait, ce tribunal étant, à cet égard, tenu de suivre l'interprétation dominante dudit droit donnée par les juridictions et les autorités de ladite partie et ces juridictions ainsi que ces autorités n'étant, au demeurant, pas liées par le sens qui serait donné à leur droit interne par ledit tribunal »<sup>415</sup>. En résumé, le tribunal arbitral évincé par l'arrêt *Achmea* avait vocation à interpréter des règles de droit, ce qui est incompatible avec le droit de l'Union, contrairement au Tribunal de l'AECG, qui prend en compte ce droit comme une question de fait, ce qui est compatible avec le droit de l'Union.

L'arrêt *Achmea* n'a finalement pas signé la fin des arbitrages d'investissement intra-UE.

---

412. Ibid.

413. § 128, CJUE 30 avr. 2019, avis 1/17.

414. Ibid. § 126.

415. Ibid. § 131.

Les tribunaux arbitraux statuant sur la base des nombreux TBI intra-UE signé dans les années 1980-1990 entre les pays d'Europe de l'Est et les Etats de la Communauté européenne, ont, en effet systématiquement rejeté toute exception d'incompétence soulevée sur le fondement de l'arrêt Achmea. Les recours en annulation contre des sentences arbitrales intra-UE devant les juridictions des Etats membres ont subi, dans l'ensemble, les mêmes refus.

Dès février 2019, les Etats membres s'étaient ainsi engagés à dénoncer leurs TBI intra-UE afin d'écartier l'application des clauses de règlement des différends incompatibles avec le droit européen.

Cependant, les principales interrogations soulevées par l'arrêt Achmea ont été écartées par la signature, le 5 mai 2020, entre 23 Etats membres de l'UE dont la France d'un accord plurilatéral portant extinction des traités bilatéraux d'investissement intra-européen (TBI intra-UE). Lorsqu'il entrera en vigueur, il mettra définitivement fin à 130 TBI intra-UE et à l'arbitrage investisseur-Etat qu'ils prévoient.

En outre, concernant le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (ICS) introduit dans le C.E.T.A. la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé la compatibilité avec les traités du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (mécanisme RDIE) prévu dans l'accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG). L'avis 1/17<sup>416</sup> dissipe ainsi les doutes sur la compatibilité du mécanisme de règlement des différends de l'AECG.

Le projet de création de ce tribunal d'investissement semblait ainsi tendre vers l'abandon du cadre de l'arbitrage traditionnel, qui est souvent mis en cause, au profit d'un système juridictionnel indépendant. Le Parlement européen s'est, en effet, prononcé le 15 janvier 2017 en faveur du traité. Mais en excluant certains volets tels que le système chargé de régler les différends entre les États et les investisseurs.

Cependant, un avis rendu par la Cour de justice de l'UE en mai 2017<sup>417</sup> (au sujet de l'accord avec Singapour) a confirmé que l'UE n'avait pas la compétence exclusive dans le domaine des investissements étrangers de portefeuilles et dans le régime des règlements de différends entre les investisseurs et les Etats. Ainsi, depuis le 21 septembre 2017, seule la partie du CETA qui dépend de la compétence exclusive de l'UE (soit 90 % de l'accord) est

---

416. Avis CJUE du 30 avril 2019, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213502&pageIndex=0 &doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=711397>

417. CJUE, ass. plén., 16 mai 2017, avis 2/15.

donc entrée en vigueur. L'application totale de l'accord ne sera possible qu'après sa ratification - en cours - par les parlements nationaux et régionaux des 27 États membres. Alors que les deux assemblées du Canada l'ont déjà validé dès 2017, seuls 14 pays européens sur 27 ont pour l'instant.

## B. Les initiatives nationales

Certaines réglementations nationales adoptent des législations afin de limiter les choix des sociétés transnationales qui pourraient avoir des conséquences néfastes pour les droits humains notamment.

### 1. Dodd-Frank Act

Les États-Unis ont ainsi adopté en 2010 le Dodd-Frank Act<sup>418</sup> dont la Section 1502 de cette loi oblige les sociétés cotées en bourse aux États-Unis qui croient s'approvisionner en matières provenant de cette région d'opérer des contrôles sur leur chaîne d'approvisionnement (devoir de diligence) afin de déterminer si leurs achats de minerais ont bénéficié à des groupes armés impliqués dans des exactions. Les sociétés doivent de ce fait soumettre un rapport public à l'organisme américain de réglementation des marchés financiers, la *Security and Exchange Commission* (SEC), à propos des mesures qu'elles ont prises afin de préciser si leurs produits peuvent contenir des minerais du conflit.

Cette loi demande également aux sociétés de publier les commissions qu'elles versent aux gouvernements de chaque pays dans lequel elles opèrent. La réforme Dodd-Frank Act exige en effet que les sociétés publient, pays par pays, les commissions qu'elles versent aux gouvernements pour exploiter leurs ressources pétrolières, gazières et minières. Les compagnies pétrolières, gazières et minières enregistrées auprès de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) seront donc tenues de révéler publiquement leurs revenus ainsi que les versements, pays par pays, qu'elles effectuent auprès des gouvernements concernés<sup>419</sup>. Une mesure d'autant plus importante que 90% des compagnies pétrolières et gazières internationales et 80% des sociétés du secteur minier sont cotées à la bourse américaine.

---

418. *The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub. L. No. 111-203, § 929-Z, 124 Stat. 1376, 1871 (2010) (codified at 15 U.S.C. § 78o)

419. Cependant, des recherches menées par Amnesty International et Global Witness en 2015 ont ainsi révélé que seulement 20% des 100 sociétés sélectionnées au hasard vérifiaient et divulguaient de manière adéquate si leurs produits contiennent des minéraux provenant de la zone de conflit de la région des Grands Lacs, en vertu de l'article 1502 de la loi américaine Dodd Frank, <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/conflict-minerals/digging-transparency/>.

Toutefois, malgré les avancées permises par cette loi concernant la limitation des actions et des choix des sociétés transnationales, le Sénat et la Chambre des représentants américain ont adopté en 2017, une disposition qui met fin à l'« *extraction rule* » (règle sur l'extraction)<sup>420</sup>. Les compagnies minières et pétrolières n'ont ainsi plus l'obligation de divulguer les paiements faits à des gouvernements étrangers en échange de permis d'extraction et celle de révéler si elles utilisent des minéraux issus de zones de conflits dans leur production.

Par ailleurs, l'OCDE (l'Organisation de coopération et de développement économique) a publié en 2011 des lignes directrices qui font aujourd'hui autorité pour les sociétés : le « guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais issus de zones de conflit ou à haut risque »<sup>421</sup>. Les 34 pays membres de l'OCDE y ont adhéré ainsi que 9 États non-membres (Argentine, Brésil, Colombie, Costa Rica, Lettonie, Lituanie, Maroc, Pérou et Roumanie).

## 2. Le cas de la Chine

En 2015, la Chine a elle aussi adopté de nouvelles dispositions, les directives chinoises de diligence raisonnable pour les chaînes d'approvisionnement en minerais responsables, bien que celles-ci soient volontaires, du moins dans un premier temps. Elles ont été lancées par la Chambre de commerce chinoise des importateurs et exportateurs de métaux, de minéraux et de produits chimiques (CCCMC) dépendant du ministère du Commerce chinois, en coopération avec l'ONU et sur la base des directives de l'O.C.D.E. sur le devoir de diligence par les chaînes d'approvisionnement responsables de minéraux provenant de zones de conflit ou à haut risque. Ces directives demandent à toutes les entreprises chinoises<sup>422</sup> qui extraient ou utilisent des minerais ou des produits miniers (accent mis sur l'or, l'étain, le tungstène et le tantale) à n'importe quel niveau de la chaîne d'approvisionnement de mettre en place un processus de contrôle basé sur le guide de l'O.C.D.E.<sup>423</sup>.

---

420. [https://www.reuters.com/article/us-usa-congress-regulations-idUSKBN15I1JF?feed-Type=RSS&feedName=businessNews&utm\\_source=Twitter&utm\\_medium=Social&utm\\_campaign=Feed:%20reuters/businessNews%20\(Business%20News\)](https://www.reuters.com/article/us-usa-congress-regulations-idUSKBN15I1JF?feed-Type=RSS&feedName=businessNews&utm_source=Twitter&utm_medium=Social&utm_campaign=Feed:%20reuters/businessNews%20(Business%20News)).

421. <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/EasytoUseGuide.French.pdf>.

422. L'expression « entreprises chinoises » se réfère ici à des institutions juridiques (à but lucratif) qui sont enregistrés en Chine, ou des sociétés étrangères (y compris leurs filiales) qui sont détenues exclusivement ou majoritairement par une institution chinoise.

423. The CCCMC Guidelines for Social Responsibility Outbound Mining Investment, which were launched on 24 October 2014, call for Chinese mining companies undertaking outbound mining investment, cooperation and trade to strictly “observe the UN Guiding Principles on Business and Human Rights during the entire life-cycle of the mining project” and to strengthen “the responsibility throughout the extractive industries value chain”. The CCCMC Social Responsibility Guidelines further contain requirements to “conduct risk-based supply chain due diligence in order to prevent engagement with materials

L'objectif de ces directives est d'aligner le devoir de diligence pratiqué par les entreprises chinoises avec les normes internationales. Elles s'appliquent à toutes les entreprises chinoises qui extraient, utilisent, transportent ou commercialisent des ressources minières et produits connexes ainsi que celles qui sont engagées à divers niveaux de la chaîne de d'approvisionnement en minéraux. Les entreprises qui utilisent les autres ressources naturelles sont également tenues de se conformer à ces directives.

### **3. Les initiatives de l'Union européenne**

En outre, les différentes instances de l'Union européenne se sont mises d'accord en juin dernier pour que chaque société qui importe des minerais bruts dans l'UE s'assure que leur extraction ne finance pas de groupes armés régionaux comme c'est souvent le cas en R.D.C. et dans la région des Grands Lacs. Depuis 2016, les entreprises extractives françaises (les sociétés cotées et les grandes entreprises de plus de 250 salariés et de 40 millions de CA net) sont en effet tenues de publier les paiements qu'elles effectuent aux gouvernements des pays où elles ont une activité, en détaillant les versements pour chacun de leurs projets.

Une avancée liée à la transposition d'une directive européenne de 2014 et qui permet aujourd'hui aux ONG, journalistes et autres organisations de se pencher sur les flux financiers pour détecter d'éventuels abus.

### **4. La loi sur le devoir de vigilance en France**

La France, suite notamment à l'effondrement du Rana Plaza, est enfin le premier pays à avoir adopté une loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. L'article 1 de la loi du 27 mars 2017 prévoit que certaines sociétés doivent mettre en œuvre un « plan de vigilance » qui prévoit des mesures « propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »<sup>424</sup>. Ce devoir de vigilance s'impose aux sociétés dans leurs activités directes mais aussi indirectes, c'est-à-dire également aux filiales et sous-traitants sur lesquels elles exercent une influence déterminante. Cette loi instaure ainsi une obligation légale de comportement prudent et diligent. En faisant le choix d'acheter des produits qui respectent cette loi, les

---

that may have funded or fuelled conflict" (Clause 2.4.6. of the Guidelines).

424. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

consommateurs vont ainsi inciter les sociétés à respecter une réglementation en particulier. Ce devoir de vigilance imposé aux sociétés encadre ainsi la liberté de choix des sociétés transnationales.

Cette loi concerne les sociétés françaises qui emploient au moins 5 000 salariés en France et celles de plus de 10 000 salariés dans l'Hexagone ayant leur siège social ailleurs dans le monde. Celles-ci doivent établir et publier un plan de vigilance pour prévenir les risques en matière d'environnement, de droits humains mais aussi de corruption sur leurs propres activités mais aussi celles de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs, en France comme à l'étranger. En cas d'accident les victimes, associations et syndicats, pourront par ailleurs saisir le juge pour faire respecter cette nouvelle obligation. Le juge pourra ainsi enjoindre sous astreinte la société à publier et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance.

Pour ce faire, les entreprises françaises concernées ont l'obligation d'établir, de publier et de mettre en œuvre de façon effective un plan de vigilance annuel, inclus dans le rapport de gestion, ainsi qu'un compte rendu sur la mise en œuvre des mesures de vigilance raisonnable. En cas de manquement à ces obligations, la responsabilité civile de l'entreprise peut être engagée devant un juge français, et l'entreprise peut alors le cas échéant être condamnée à réparer le dommage et à indemniser les victimes. Avant tout dommage, si l'entreprise n'établit pas son plan de vigilance, si elle ne l'a pas rendu public ou si elle ne le met pas en œuvre de façon effective, elle peut y être contrainte par le juge, le cas échéant sous astreinte.

La loi définit un contenu minimal du plan de vigilance et des conditions de son élaboration. Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L.233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. Il comprend les mesures suivantes :

« 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;

« 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;

« 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;

« 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;

« 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

« Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102. »<sup>425</sup>

L'obligation de vigilance instaurée par la loi n'est toutefois qu'une obligation de moyen, et non de résultat. Les sociétés transnationales ne peuvent ainsi être condamnées qu'en cas de non-publication de leur plan de vigilance, d'un plan défaillant ou d'une mauvaise mise en œuvre de celui-ci. De plus, aucun volet pénal n'a été prévu par la loi.

Le principe du devoir de vigilance est également inscrit dans les grands textes internationaux de référence destinés aux sociétés multinationales. La plupart de ces instruments ne sont pas contraignants mais les États et la société civile peuvent s'appuyer dessus pour inciter les entreprises à être responsables tout au long de leur chaîne d'approvisionnement.

Toutefois, malgré l'adoption et la portée de cette loi, alors que la loi obligeait les sociétés à adopter un plan de vigilance et le rapport sur leur mise en œuvre d'ici 2018 et à l'inclure dans le rapport annuel, de nombreuses sociétés n'ont toujours pas adopté un tel plan qui doit identifier et prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement qui résultent de leurs activités et de celles de leurs sous-traitants. De plus, la plupart des entreprises ayant présenté un plan de vigilance n'ont que peu détaillé la cartographie des risques et n'ont pas précisé la méthodologie utilisée.

Cependant, cette loi permet de limiter la liberté de choix des sociétés transnationales qui par la structure juridique de leurs sociétés échappent dans une large mesure aux régimes de responsabilité des ordres juridiques nationaux. En effet, malgré que les risques et les actes dommageables soient commis par leurs filiales ou sous-traitants, la responsabilité des sociétés-mères peut être mise en cause par les dispositions de la loi française sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

---

425. Extrait de l'article 1 de la loi du 27 mars relative au devoir de vigilance (article L. 225-102-4-I inséré dans le Code du commerce).

En outre, la loi PACTE (Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation de l'Entreprise) adoptée le 22 mai 2019, contraint les sociétés à prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de leur activité dans leur gestion<sup>426</sup>. Selon l'article 1833 du Code civil « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »<sup>427</sup>. La prise en compte de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) également appelée responsabilité sociale des entreprises, définit par la commission européenne<sup>428</sup> comme l'intégration volontaire par les sociétés de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes devient ainsi obligatoire pour les sociétés françaises. Le non-respect de l'article 1833 du Code civil pouvant en effet être sanctionné.

La Suisse et l'Autriche, envisagent des initiatives similaires. La loi néerlandaise sur la diligence raisonnable relativement au travail des enfants oblige, par ailleurs, les sociétés à déterminer l'existence ou pas du travail des enfants dans leur chaîne d'approvisionnement. Enfin, la société civile allemande vient de lancer une campagne pour une législation sur les droits de l'homme et la diligence raisonnable en matière d'environnement.

## 5. La loi Belge relative à la lutte contre les activités des fonds vautours

La loi Belge relative à la lutte contre les activités des fonds vautours est un autre exemple de réaction des ordres juridiques pour limiter les conséquences induites par la grande liberté de choix permise par le droit international et les droits nationaux.

Les « fonds vautours » sont des fonds d'investissement qui rachètent au rabais des parts de dettes de pays en difficulté financière, pour exiger ensuite, par voie judiciaire, le paiement de l'intégralité de la dette à sa valeur initiale, majorée des intérêts accumulés, des pénalités et des frais de justice engagés. Ces fonds multiplient ensuite les procédures judiciaires dans

---

426. Article 169 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, [consulté le 20 septembre 2019]. Disponible à l'adresse URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038496102/>.

427. La formulation du nouvel alinéa de l'article 1833 du Code civil, qui ajoute les enjeux sociaux et environnementaux au prisme de la société, d'une extrême prudence, affirme également la primauté du respect de l'intérêt social, les enjeux sociaux et environnementaux devant quant à eux seulement être « pris en considération ». Cela ne marque pas un progrès considérable par rapport au corpus légal déjà existant, par exemple la Charte de l'environnement, qui a valeur constitutionnelle et dispose que « chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ».

428. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 /\* COM/2011/0681, [consulté le 22 septembre 2019]. Disponible à l'adresse URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:52011DC0681>.

différentes juridictions contre l'état débiteur, afin d'obtenir un remboursement équivalent à la totalité du principal et des intérêts accumulés.

Historiquement, les premiers cas ont concerné l'Amérique latine. En 1996, le fonds « *Elliott Associates L.P.* », basé à New York et dirigé par le milliardaire Paul Singer, achète pour seulement 11 millions de dollars US des dettes péruvienne d'une valeur nominale de 20 millions de dollars. Le fonds refuse ensuite de participer à l'accord de restructuration de la dette du Pérou, malgré le fait que cela lui aurait permis de réaliser 10 millions de dollar US de profits. Le fonds multiplie ensuite les procédures judiciaires contre le Pérou devant les tribunaux des États-Unis, du Canada, du Luxembourg, des Pays-Bas, d'Allemagne, du Royaume-Uni et de Belgique, afin d'obtenir le paiement de 58 millions de dollar US. Le fonds gagne définitivement la bataille judiciaire par un jugement d'un tribunal des États-Unis en 1999 et obtient le paiement des 58 millions de dollar US en 2001 par l'État du Pérou. Ils s'illustrent ainsi par un comportement procédurier qui consiste à saisir les tribunaux de différents pays pour obtenir la saisie des biens de l'État débiteur sur le territoire de ces pays (y compris parfois des fonds provenant de l'aide publique au développement), ainsi que par un refus systématique de participer aux opérations de restructuration de dette menées par les autres créanciers. Leur stratégie leur permet d'engranger des profits exorbitants avec des rendements de 300 à 2000%<sup>429</sup>, mais compromet l'amélioration de la situation des États en difficulté dont ils acquièrent des titres de dette ; perturbe les actions collectives de restructuration des dettes et les initiatives internationales de réduction de la pauvreté.

La Belgique présente un caractère central dans le dispositif d'action des fonds vautours. C'est sur le territoire de ce pays que la banque JP Morgan Chase a créé Euroclear. Cette chambre de compensation internationale assure le rôle d'intermédiaire entre les débiteurs et les créanciers pour la grande majorité des titres obligataires mondiaux. C'est donc par le biais d'Euroclear que les créanciers sont payés. En 2000, le fonds vautour Elliott a ainsi fait main basse sur l'argent du Pérou (qui avait fait défaut sur sa dette auparavant) en s'appuyant sur ce mécanisme. Il faut savoir que la toute grande majorité des contrats d'endettement en dollars des pays en développement désignent des juridictions américaines pour trancher des éventuels litiges. Or, la justice américaine a, à la fin du siècle dernier, profondément modifié la doctrine en matière de défauts de paiement en es-

---

429. Les Echos, édition mise en ligne le 12 avril 2010. Les prétentions des vautours dans ce dossier ont été, après une longue bataille juridique, rejetées par la justice américaine en 2015. Des états du Tiers-monde n'ont, dans le passé, pas eu l'occasion de bénéficier d'une telle mansuétude. Nous reviendrons sur ce point dans la suite de l'exposé lorsque nous évoquerons le cas de l'Argentine.

timant que les créanciers holdouts, parmi lesquels, les fonds vautours, étaient, en réalité, prioritaires sur les autres créanciers. Le blocage des règlements via Euroclear a été exigé et la justice belge a accepté cette demande. Après avoir obtenu gain de cause auprès des tribunaux étatsuniens, Elliott devait ainsi faire exécuter le jugement prononcé en sa faveur. Il était évident que l'État péruvien ne risquait pas de laisser traîner des actifs sur le territoire des Etats-Unis. Afin de contourner l'obstacle, « Elliott a alors inauguré une pratique consistant à demander, sur le fondement de la clause pari passu, au juge de l'Etat sur le territoire duquel était situé le dépositaire central, de bloquer le paiement des sommes dues par le Pérou aux porteurs des nouveaux titres »<sup>1</sup>. Or, le dépositaire central des paiements de la République du Pérou se trouvait en Belgique. Il s'agissait d'Euroclear qui, conformément à sa mission, constituait la liaison institutionnelle entre les émetteurs de titres (par exemple, le Trésor d'un pays) et les propriétaires de ces derniers. En bloquant le canal Euroclear, Elliott voulait empêcher le Pérou de dispatcher des fonds et, par conséquent, de se financer sur les marchés. En septembre 2000, Elliott dépose une requête devant le Tribunal de commerce de Bruxelles visant à faire exécuter le jugement du tribunal américain. Le fonds vautour essuie une fin de non-recevoir. Cependant, la Cour d'appel de Bruxelles lui donnera raison sur la base de la clause pari passu. Le Pérou, désireux de ne pas faire défaut sur sa dette et de s'éloigner à nouveau des marchés financiers, finira par payer la valeur faciale des titres en possession d'Elliott. C'est ainsi que la Belgique a adopté la loi relative à la lutte contre les activités des fonds vautours. Cette dernière complique singulièrement l'emprise des fonds vautours sur *Euroclear*. En effet, la loi du 12 juillet 2015 limite le droit au remboursement du créancier au prix effectivement déboursé pour le rachat de la créance en litige. Pour cela, il faut que le juge en Belgique établisse que le créancier cherche à obtenir un « avantage illégitime ». L'article 2 alinéa 2 de la loi antivautours dispose que « la recherche d'un avantage illégitime se déduit de l'existence d'une disproportion manifeste entre la valeur de rachat de l'emprunt ou de la créance par le créancier et la valeur faciale de l'emprunt ou de la créance ou encore entre la valeur de rachat de l'emprunt ou de la créance par le créancier et les sommes dont il demande le paiement ». Cette disproportion est toujours présente dans le cas des fonds vautours. De surcroît, la disproportion manifeste visée l'article 2 alinéa 2 de la loi précitée doit, pour qu'on puisse parler d'avantage illégitime, être complétée d'au moins un des critères suivants :

- « l'État débiteur était en état d'insolvabilité ou de cessation de paiements avérée ou imminente au moment du rachat de l'emprunt ou de la créance ;

- le créancier a son siège dans un paradis fiscal ;
  - le créancier fait un usage systématique de procédures judiciaires pour obtenir le remboursement de l'emprunt ou des emprunts qu'il a déjà précédemment rachetés ;
  - l'État débiteur a fait l'objet de mesures de restructuration de sa dette, auxquelles le créancier a refusé de participer ;
  - le créancier a abusé de la situation de faiblesse de l'État débiteur pour négocier un accord de remboursement manifestement déséquilibré ;
  - le remboursement intégral des sommes réclamées par le créancier aurait un impact défavorable identifiable sur les finances publiques de l'État débiteur et est susceptible de compromettre le développement socio-économique de sa population
- » (article 2 alinéa 3 de la loi du 12 juillet 2015). Toutefois, la loi belge ne s'applique que sur le territoire national.

Bien qu'elle soit illégitime et immorale, l'action des fonds vautours était jusqu'à l'adoption de la loi Sapin 2, légale en France, aucun régime juridique ne venant encadrer leur activité.

C'est à l'occasion des discussions sur le projet de loi sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique présentée par le ministre de l'Économie et des Finances, Michel Sapin<sup>430</sup>, qu'un amendement visant à limiter les saisies par des fonds vautours, de biens d'États étrangers en France, a été déposé par des députés socialistes, et adopté.

Ajouté sous le Titre IV de la loi, concernant le « renforcement de la régulation financière », l'article 60 interdit les saisies, par des créanciers détenteurs de parts de dette d'États étrangers, de biens appartenant à ces États, lorsque trois conditions sont réunies :

1. L'État étranger figurait sur la liste des bénéficiaires de l'aide publique au développement au moment de l'émission de la créance ;
2. L'État étranger était en défaut ou proche du défaut sur cette dette, au moment de son acquisition par le créancier ;
3. La situation de défaut (ou de quasi défaut) sur cette créance date de moins de 4 ans (ou de moins de 6 ans en cas de « comportement manifestement abusif » du détenteur de la créance), ou une proposition de renégociation a été acceptée par une partie représentative des autres créanciers de cette dette.

Lorsque les titres de dette dont se prévalent ces créanciers ont fait l'objet d'une renégociation par une partie représentative des autres créanciers sur cette dette (représentant au moins

---

430. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

66% du montant des créances), les saisies sont toutefois autorisées mais limitées à hauteur de ce que ces créanciers auraient obtenu s'ils avaient pris part à la renégociation.

L'objectif de cette loi est de cibler le comportement des fonds vautours plutôt que les fonds eux-mêmes. La disposition en elle-même ne fait pas directement référence aux « fonds vautours », mais plus globalement à tous les « détenteurs de titres de créances » qui tentent d'obtenir la saisie de biens d'États étrangers en France.

Caractériser juridiquement les fonds vautours en eux-mêmes aurait en effet été un exercice périlleux, car ces fonds ne se distinguent pas d'autres fonds d'investissement privés par leur nature ou leur structure juridique, mais uniquement par leur comportement prédateur. C'est pourquoi, comme les législateurs belges et anglais, le législateur français s'est attaché à caractériser les comportements répréhensibles plutôt que les agents en cause. Une définition restrictive des comportements « vautours » a ainsi été adoptée. L'enjeu pour le législateur était d'une part, d'identifier juridiquement les comportements prédateurs nuisibles, et de les distinguer du comportement des créanciers usuels (de « bonne foi »), y compris ceux qui acquièrent des dettes de pays étrangers, mais en pariant sur l'évolution économique réelle du pays débiteur. Il était nécessaire d'autre part d'assurer la proportionnalité entre les restrictions aux droits des créanciers induites par la disposition (droit de propriété du créancier ; principe d'égalité entre créanciers et droit au procès équitable) et l'intérêt général poursuivi (développement des pays ; stabilité du système financier international ; préservation des finances publiques françaises). Pour cela, le législateur français fait le choix de caractériser directement dans la loi, le comportement « vautour », en en détaillant les conditions exactes d'une manière qui se veut exhaustive (liste de pays concernés ; situation de défaut ; délais et seuils). Un choix différent de celui fait par le législateur belge qui fournit également une liste de critères caractérisant les comportements vautours, mais qui accorde au juge un certain pouvoir d'appréciation (sur l'existence ou non de la recherche d'un « avantage illégitime » par le créancier)<sup>431</sup>. Cependant, en décidant de ne laisser au juge aucune marge d'appréciation, le législateur français s'expose au risque de ne pas couvrir l'ensemble des situations dans lesquelles interviennent ou interviendront les fonds vautours. Ainsi, par exemple, en établissant comme condition que la saisie demandée doit porter sur la dette d'un État figurant sur la liste des bénéficiaires de l'aide publique au développement<sup>432</sup>, la disposition permet bien de cibler les comportements vautours à l'égard des pays pauvres, et même de pays à revenu intermédiaire,

---

431. Loi belge relative à la lutte contre les fonds vautours du 12 juillet 2015, n° 2008015073.

432. Liste des bénéficiaires de l'aide publique au développement établie par le comité de l'aide au développement de l'Organisation de coopération et de développement économiques.

comme l'Argentine, qui ont déjà été victimes des fonds vautours. En revanche, cette liste ne couvre pas des pays à revenu élevé, comme la Grèce, qui ont pourtant déjà été ou pourraient être la cible des fonds vautours, ces derniers ne s'attaquant pas uniquement aux pays pauvres, mais plus généralement aux pays en difficulté financière<sup>433</sup>. En outre, le champ d'application de l'article se limite aux créances acquises à compter de son entrée en vigueur. Ce faisant, l'article autorise donc les comportements vautours sur tout le stock de créances acquises avant la date d'entrée en vigueur de la loi (le 11 décembre 2016). Cette limitation que s'impose le législateur est motivée par un souci de respect de la sécurité juridique, et plus précisément du principe de non-rétroactivité des lois qui veut que « la loi ne dispose que pour l'avenir »<sup>434</sup>. Un principe qui connaît toutefois des exceptions, la rétroactivité d'une loi pouvant notamment être admise, lorsque l'intérêt général le justifie, ce qui est ici indéniablement le cas, indépendamment de la date d'acquisition des créances par les fonds vautours<sup>435</sup>.

## 6. Le cas du Royaume-Uni

Pour sa part, le Royaume-Uni a également adopté une loi sur l'allègement de la dette des pays en développement, qui limite les remboursements auxquels les fonds vautours peuvent prétendre dans les cas concernant des dettes de pays pauvres très endettés, aux sommes qu'ils auraient obtenues s'ils avaient pris part aux allègements de dette négociés dans le cadre de l'Initiative PPTE<sup>436</sup>. En 2013, cette législation a été transposée dans les territoires d'outre-mer et les dépendances de la Couronne de Jersey, Gernesey et l'île de Man. Toutefois, l'Initiative PPTE ne concernant aujourd'hui plus que trois pays, ces lois sont devenues moins pertinentes.

En 2015 le Royaume-Uni a également adopté une disposition dite « *Transparency in supply chains* » sur la transparence dans la chaîne d'approvisionnement de la loi « contre l'esclavage moderne », le « *Modern Slavery Act* »<sup>437</sup>. Cette disposition oblige les sociétés domiciliées ou qui font des affaires au Royaume-Uni à rendre compte des mesures qu'elles prennent pour prévenir l'esclavage ou les trafics liés aux droits humains dans leurs chaînes

---

433. En 2012 plusieurs fonds vautours ont profité de l'opération d'allègement de la dette grecque pour racheter des obligations grecques à prix cassé, puis en demander le remboursement à la valeur faciale.

434. C. civ., art. 2.

435. Cette limitation est d'autant plus dommageable que la plupart des créances émises aujourd'hui comprennent des « clauses d'action collective » (CAC) qui protègent les pays débiteurs des actions de blocage des fonds vautours, et que les créances les plus exposées aux actions des fonds vautours sont justement les créances plus anciennes qui ne prévoyaient pas de CAC.

436. Debt relief (Developing Countries) Act 2010.

437. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>

d'approvisionnement <sup>438</sup>.

Le développement de législations semblables par d'autres pays pourrait étendre le champ d'application et contraindre les sociétés transnationales à respecter ces nouvelles règles. Toutefois, il semble peu vraisemblable que tous les États membres de l'ONU adoptent une telle législation. De ce fait, la seule solution serait certainement la création d'un mécanisme international de résolution des dettes souveraines. Pour autant, les législations nationales et les négociations internationales sur ce sujet doivent être comprises comme étant complémentaires plutôt que concurrentes ou antagonistes. Ainsi, des campagnes en faveur de telles législations pourraient même contribuer à augmenter la pression en faveur d'une solution multilatérale.

Ces réactions des législations nationales agrémentent ainsi le contenu de l'ordre public, que les sociétés transnationales devront respecter.

Il est ainsi intéressant d'étudier les techniques juridiques qui permettent d'intégrer au sein de l'ordre public contraignant pour les sociétés transnationales, des règles de *soft law* ou issues de la pratique internationale.

Les différentes lois nationales adoptées, ainsi que les réformes évoquées au niveau européen, décrivent un mouvement de fond d'évolution des ordres juridiques, même si le traité ONU instaurant des normes internationales contraignantes n'est pas adopté.

## **SECTION 2 - La technique juridique**

Comme vu précédemment, la notion d'ordre public permet parfois aux ordres juridiques d'écarter les choix faits par les parties à un contrat international afin de régir les situations dans lesquelles l'application des règles de choix entraîne le non-respect de principes internationaux de protection des droits de l'homme ou de l'environnement. Cette technique de l'ordre public est d'autant plus essentielle aujourd'hui que les choix possibles sont de plus en plus larges.

Mécaniquement, la notion d'ordre public va évoluer et se transformer de part l'évolution et les changements de l'encadrement normatif induits par les différents traités internationaux et notamment les traités d'investissement, ou encore les nouvelles législations. Les juges

---

438. Dans la même lignée, en février 2017, le Parlement néerlandais a adopté le projet de loi sur « la diligence raisonnable en matière de travail des enfants » qui s'appliquera à compter du 1er janvier 2020.

et les arbitres vont ainsi faire entrer le droit international dans l'ordre public. L'ordre juridique transnational<sup>439</sup> semble ainsi se construire en réaction aux choix observés dans les contrats internationaux.

L'arrêt du 10 mai 2006 de la Cour de cassation<sup>440</sup> illustre ainsi le rôle du juge judiciaire qui évince des choix de loi et de procédure au nom de l'ordre public international. Dans cet arrêt, la cour précise, en effet, que l'ordre public international s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France. Il s'agissait, dans cette affaire, d'un contrat de travail international avec une employée du Nigéria qui s'était réfugiée en France.

Par ailleurs, la société transnationale est désormais assujettie à un principe dit « obligation de vigilance pour risques environnementaux » dégagé par les juges étatiques et d'arbitrage international. Ce principe de droit est un principe de droit transnational reposant sur la *soft law* d'entreprise qui permet aux juges nationaux (A) et aux arbitres internationaux (B) d'appliquer aux sociétés transnationales le droit international des droits de l'homme et de l'environnement et de délimiter concrètement cette obligation. Ce principe est encore peu connu car, quant à sa nature, c'est un principe prétorien de droit transnational « découvert » seulement depuis quelques années par des juges dans des textes nationaux, internationaux ou transnationaux de plus en plus nombreux qui prévoient un *duty of care*, des *due diligence*, ou de vigilance, tout particulièrement dans le secteur extractif et en matière environnementale. La nouveauté du régime de ce principe est l'identification d'un nouveau fautif : la société mère. C'est, en effet, parce qu'elle a commis des fautes personnelles – un défaut de vigilance, un défaut dans son obligation de prévention dans sa sphère d'influence, ses filiales et sous-contractants - que sa responsabilité est retenue pour des dommages environnementaux nés dans cette sphère d'influence. Cette faute personnelle qui permet de « percer le voile de la personnalité morale » a pour conséquence de donner un nouveau juge mais aussi une loi nouvelle – civile et pénale - à l'action en responsabilité en raison d'un dommage environnemental.

---

439. Voir sur cette notion Racine J.-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999.

440. Cass. so., 10 mai 2006, n° 1184.

## A. Technique de l'ordre public et le juge judiciaire

Le droit de la responsabilité pour dommages environnementaux est en pleine transformation. L'action en justice de l'ONG Milieudefensie contre Shell pour non-respect d'une obligation de vigilance en matière climatique en est exemplaire. L'action se fonde en effet sur le devoir de vigilance (« duty of care ») de l'article 6 :162 du code civil néerlandais. Cette action permet de comprendre qu'un nouveau principe de droit s'impose désormais aux sociétés transnationales : le devoir de vigilance pour risques environnementaux. Ce principe de droit permet la mise en jeu de la responsabilité des sociétés mères - les sociétés transnationales - devant un juge. Cette action illustre ainsi le bouleversement actuel des plus anciennes catégories juridiques du droit international des affaires. Cet exemple montre bien l'évolution actuelle du droit international. La pratique des acteurs du commerce international remettant en cause les catégories traditionnelles du droit, les juges, ainsi que les arbitres, essayent de faire appliquer certaines réglementations grâce au prisme de l'ordre juridique qui leur permet de rendre applicable certaines normes.

En l'espèce, la poursuite vise à contraindre la société Shell à s'aligner sur la trajectoire de réduction de gaz à effet de serre de l'Accord de Paris qui vise à contenir le réchauffement climatique à 1,5 ° C maximum au-dessus du niveau de l'ère pré industrielle. L'action est donc aussi fondée sur le non-respect du droit international. Et ce alors que le droit international ne s'impose pas aux sociétés, seulement aux États. Cette affaire illustre ainsi parfaitement le passage du droit international à un droit « transnational » qui s'applique directement aux sociétés transnationales sans que les États n'aient à le transposer dans leur ordre juridique national<sup>441</sup>. La poursuite vise la personne morale de la société mère Shell pour des dommages causés par ses filiales et sous-contractants tels les utilisateurs de ses produits pétroliers. Il suffisait auparavant de créer une filiale ou une sous-traitance pour que les sociétés transnationales soient irresponsables civilement et pénalement en raison du principe de la personnalité de la responsabilité. Cela marquerait ainsi la fin du « voile de la personnalité morale » qui permettaient aux sociétés transnationales d'échapper tant à la responsabilité civile qu'à la responsabilité pénale.

Le standard de comportement qui engage la responsabilité sur le fondement du devoir de vigilance est construit concrètement par la *soft law*, (un plan de vigilance d'entreprise) imposé par de la *hard law* (un principe transnational de vigilance). La société transnationale extractive Shell, dans son plan de vigilance, faisait en effet référence aux accords de

---

441. Lhuillier G., *op. cit.*, note 31.

Paris visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre. La nature de ces « renvois » est incertaine, soit que la société s'engage, par une forme particulière de « choix » de droit, soit que la société contribue à créer un usage international impératif. En tous cas, cette *soft law* d'entreprise transnationale relie l'obligation de droit national, le *duty of care*, et l'obligation de droit international, les accords de Paris.

Reposant sur un mécanisme de « vigilance », cette nouvelle responsabilité est essentiellement une responsabilité civile à visée « préventive » même si elle permet bien évidemment de sanctionner civilement ou pénalement la société transnationale. Il ne s'agit pas d'un droit transnational laissé au bon vouloir des « marchands » mais appliqué par les juges étatiques ou internationaux. La société transnationale est, en effet, désormais assujettie à un principe de droit transnational dit « obligation de vigilance pour risques environnementaux » dégagé par les juges étatiques et d'arbitrage international. Ce principe de droit est un principe de droit transnational car il permet aux juges nationaux et aux arbitres internationaux d'appliquer aux sociétés transnationales le droit international des droits de l'homme et de l'environnement par un mécanisme de transnationalisation du droit <sup>442</sup>.

Le principe de responsabilité pour risques environnementaux est un principe prétorien qui s'appuie sur de nombreux textes épars, *soft law*, textes internationaux, lois, précédant, etc. Ce principe manifeste le pouvoir grandissant du juge qui se détache de plus en plus de la seule interprétation de la règle de droit textuelle à la faveur de la reconnaissance de principes de plus en plus nombreux <sup>443</sup>. Ce pouvoir de créer des principes est justifié par la crise des pouvoirs exécutifs et législatifs qui peinent à transposer des règles de droit internationales, en particulier en matière d'environnement et de droits de l'homme, et créent ainsi une demande sociale de justice, à l'origine d'un nouveau contentieux environnemental <sup>444</sup>. Cette demande sociale renforce la légitimité politique de l'autorité judiciaire dans un monde contemporain marqué par un effondrement général de la confiance dans les autorités politiques. Le droit de l'environnement est ainsi aujourd'hui naturellement le domaine de création de principe de droit <sup>445</sup> par lesquelles les juges donnent une portée

---

442. Sur ce mécanisme de transnationalisation des obligations internationales des sociétés mères entreprises par les ordres juridiques nationaux, voir Lhuillier G., « MNCs Obligations in their 'Sphere of Influence' », in Radi Y. (Ed.), *Human Rights and Investments*, Edward Elgar publishing, Research Handbooks in International Law series, december 2018, chapter 10.

443. Aynès L., « Moins de règles et plus de principes ? Le nouveau rôle du juge, », *Rev. Jurisprudence commerciale*, mars/avril 2017, n° 2, p. 174.

444. United Nations Environment Programme, Sabin Center for Climate Change Law, *The status of climate change litigation a global review*, Columbia University, mai 2017.

445. Béatrice Parance affirme qu'il y a aujourd'hui une « maturité du contentieux » en matière environnementale, les juges étant enclins à répondre à la demande sociale très forte qui vise à appliquer des

effective à des règles internationales ou nationales bien peu effectives.

Le mécanisme de droit pour donner une réponse à cette demande sociale est transnational, comme les questions environnementales elles-mêmes : les juges utilisent la *soft law* que constituent les règles d'entreprise comme « norme de comportement, standard »<sup>446</sup> pour interpréter ou créer une obligation de vigilance qu'ils rattachent soit à la coutume internationale, soit à un traité international, soit à un principe jurisprudentiel tel le *duty of care* en pays de *Common Law*, soit une loi en pays de droit continental tel les dispositions du code civil sur le droit de la responsabilité ou le droit pénal instituant le délit d'imprudence.

C'est par ce mécanisme de droit transnational que les règles créées dans l'entreprise vont donner une force à des règles nationales ou internationales qui ne s'imposaient pas auparavant aux sociétés. Ce mécanisme est ainsi utilisé par les cours de justice nationales. Dans l'affaire Erika, la Cour de cassation en 2012 retient la culpabilité de la société Total SA (Total), pour délit pénal et civil de pollution involontaire. Pourtant, Total était étrangère aux accords portant sur le transport d'hydrocarbures par le navire. Ces contrats ne concernaient que sa seule filiale, la société Total Transport Corporation (TIC). La Cour a ainsi « percé le voile de la personnalité morale » en estimant que la création de cette filiale n'avait pour but que de faire échapper Total à la responsabilité en cas de dommages lors de transport. La filiale de Total ayant conclu le contrat de transport était une coquille vide qui n'avait « aucun effectif, pas de locaux au Panama où elle était immatriculée (...) pas d'autonomie ni juridique ni financière ». L'important dans cet arrêt est que le pouvoir de contrôle de Total sur l'Erika est caractérisé de la *soft law* qui prévoyait notamment l'obligation pour le capitaine de permettre à Total - pourtant tiers au contrat de transport -, « de vérifier le soin et la diligence avec lesquels la cargaison était transportée, la capacité du navire et de l'équipage à réaliser le voyage envisagé ».

---

règles de droit international de l'environnement alors que les États sont très réticents à leur transposition en droit national : Parance B., « Moins de règles, plus de principes? Le nouveau rôle du juge; Qu'en est-il en droit de l'environnement et du développement durable? », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Aynès Liberté, justesse, autorité*. Voir aussi Huglo C., Jeannel R., « Le rôle du juge national dans l'établissement d'une justice climatique mondiale : défi et perspectives », *Journal spécial des sociétés*, juin 2018, n° 45, p. 4; Torre-Schaub M., D'Ambrosio L., Lormeteau B., "Changement climatique et responsabilité, quelles normativités?", *Energie-Envr-Infrastr.*, 2018, n° 8-9; Torre-Schaub M., Lormeteau B., "Les recours climatiques en France", *Energie-Envr-Infrastr.*, 2019, n° 5; Cournil C., Varison L. (dir.), *Les procès climatiques, Entre le national et l'international*, Pédone, 2018; Torre-Schaub M. et a. (dir.), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques*, Mare & Martin, coll. ISJPS, 2018; Huglo C., *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, coll. Droit (s) et développement durable, 2018.

446. Deumier P., « Les sources de l'éthique des affaires », in *Libre Droit, Mélanges P. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 355.

Les obligations de *due diligence* de *soft law* servent ainsi de fondement à l'imputabilité matérielle du délit pénal et civil de pollution. L'engagement volontaire des sociétés, - la RSE - « constitue donc une norme de comportement, un standard utilisé par le juge pénal pour évaluer le caractère fautif ou non des agissements du prévenu, à l'image du standard bien connu du « bon père de famille »<sup>447</sup>. Dès l'affaire Erika, il était évident pour la doctrine que l'essor de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), des règles de reporting et *due diligence* qui devenaient de plus en plus orientées vers les questions environnementales, et qui se traduisait par une multiplication des engagements éthiques allant au-delà des exigences légales, allait s'accompagner d'une extension de la responsabilité civile et pénale des entreprises sur le fondement du délit pour faute d'imprudence<sup>448</sup>.

La jurisprudence de *Common Law* est particulièrement intéressante sur cette question car le juge de *Common Law* élabore ce principe du droit de vigilance environnemental par un raisonnement identique au juge de droit continental<sup>449</sup> : les juges utilisent la *soft law* d'entreprise pour appliquer le principe jurisprudentiel de *duty of care* et caractériser la faute personnelle de la société mère. Dans l'affaire *Lubbe* de 2000<sup>450</sup> des travailleurs sud-africains se sont plaints que la société mère britannique n'avait pris aucune mesure pour réduire les risques liés à l'exploitation minière des employés de sa filiale sud-africaine. Il s'agit d'une violation d'un devoir de diligence en vertu duquel l'employeur est tenu de fournir un environnement de travail sûr et sain à ses employés et une sécurité raisonnable à des tiers dans sa "sphère d'influence".

Dans l'affaire *Chandler c. Cape Plc* de 2012,<sup>451</sup> la Cour d'appel anglaise a clairement indiqué que la société mère a un devoir de diligence à l'égard des employés de sa filiale. La Cour use d'un test pour démontrer l'existence d'un devoir de diligence, test du « bon voisin », du « *good Neighbors* ». Ce critère utilise les notions de "prévisibilité des dommages", les relations étroites existantes, l'équité, caractère raisonnable d'une telle "obligation".

---

447. Neyret L., « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2010, p. 2235.

448. Art. 121-3 al. 2 du Code pénal.

449. Kysar D. A., « What Climate Change Can Do About Tort Law », *Environmental Law*, vol. 41.1, 2011, p. 2 ; Grossman D. A., « Warming up to a not so radical idea : tort-based climate change litigation, *Columbia journal of environmental law*, vol.28, p. 44.

450. *Lubbe v. Cape Plc*, 2000, UKHL 41 ; Duva S. and Bilchitz D. (eds), *Human Rights Obligations of Business : Beyond the Corporate Responsibility to Respect ?*, Cambridge University Press, 2013.

451. "If a parent company has responsibility towards the employees of a subsidiary there may not be an exact correlation between the responsibilities of the two companies. The parent company is not likely to accept responsibility towards its subsidiary's employees in all respects but only for example in relation to what might be called high level advice or strategy", *Chandler v Cape Plc* [2012] EWCA Civ 525, para 66.

Il existe aussi un principe de vigilance environnementale commun dans le droit mixte hollandais particulièrement intéressant car il fait appel autant au droit privé qu'au droit international au droit international. Dans l'affaire *Urgenda* de 2018,<sup>452</sup> la Cour d'appel de La Haye a jugé qu'il existait un *duty of care* pesant sur le gouvernement néerlandais de contribuer activement à la lutte contre le changement climatique, que ce dernier devait prendre les dispositions nécessaires pour mettre en œuvre un objectif de réduction des émissions de 25 % par rapport aux niveaux d'émission de GES de 1990 pour l'année 2020<sup>453</sup>. Cette décision, qui ouvre la voie à la justiciabilité climatique, en s'appuyant sur le « devoir de diligence » (*duty of care*) de droit privé (*tort law*) mais aussi l'obligation de *due diligence* de droit international (l'obligation d'un État de ne pas porter préjudice à un autre État) pour l'appliquer en tant qu'obligation de l'État en matière climatique vis-à-vis de ses citoyens. Il existerait donc désormais un principe de non-nuisance (*no-harm*), principe qui devient un standard de comportement face à la menace posée par le changement climatique.

Par ailleurs, le principe de vigilance qui vise à prévenir les dommages environnementaux et s'applique aux sociétés transnationales a des sources multiples : c'est d'évidence dans sa philosophie une notion de *tort law* qui exige qu'une personne agisse avec l'attention et la prudence qu'une personne raisonnable (le bon père de famille, le *good Neighbors*, la bonne société transnationale) aurait dans les mêmes circonstances. C'est aussi désormais un principe de droit international, mais aussi de droit pénal, la mise en danger d'autrui, mettre les tiers dans une situation de risque. Les fondements textuels de cette obligation d'agir pour prévenir les dommages sont ainsi très divers, mais résident principalement dans la *soft law* soit d'entreprise, soit d'organisations internationales, ou dans certaines lois nationales françaises, anglaises, hollandaises, etc. ou encore dans des projets de traités internationaux.

A l'origine de ce principe de droit la *soft law* est ainsi fondamentale à travers l'adoption par les sociétés transnationales et les organisations internationales d'une grande variété de "Chartes", "Principes", "Codes de déontologie", "Accords de direction", "Principes", "Engagements". Le code 2014 de Total est un bon exemple<sup>454</sup> de cette pratique. Le code

---

452. *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands* [2015] HAZA C/09/00456689 (June 24, 2015); aff'd (Oct. 9, 2018) (District Court of the Hague, and The Hague Court of Appeal (on appeal)) (<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>)

453. Court of appeal The Hague, 9 oct. 2018, Case number 200.178.245/01.

454. « Éthique : Notre Engagement pour une Conduite Exemplaire (Total) », [consulté le 20 mars 2020]. Disponible à l'URL : <https://www.total.com/fr/notre-groupe/ethique/notre-engagement-pour>

stipule que Total s'engage à respecter "l'ensemble des lois nationales et des normes internationales applicables à ses activités", "les droits de l'homme internationalement reconnus dans sa sphère d'activité". Ces textes RSE sont en réalité des engagements volontaires des sociétés à appliquer les règles du droit international - principalement les droits de l'homme - et à veiller à ce qu'elles soient appliquées par leurs filiales et contractants<sup>455</sup>. Le code Total renvoie ainsi à six textes fondamentaux du droit international des droits de l'homme dont les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises de 2011. Or, ces Principes directeurs, par exemple<sup>456</sup>, prévoient que les entreprises sont tenues d'une obligation et d'une procédure de "diligence raisonnable" (art 15 et 17) pour identifier et prévenir les atteintes aux droits de l'homme.

C'est seulement dans un second temps que les États ont rendu obligatoire ce principe de vigilance. A titre d'exemple, le « devoir de diligence » pour les sociétés mères issu de la loi française du 27 mars 2017 implique que les entreprises sont tenues d'évaluer et de traiter les impacts négatifs de leur activité dans le cadre de plans annuels de vigilance<sup>457</sup>. Il s'agit de prévenir les impacts liés à leurs propres activités, l'activité des sociétés qu'ils contrôlent et des fournisseurs et sous-traitants avec lesquels ils ont une relation commerciale établie. Le manquement à cette obligation de vigilance est ainsi sanctionné par la responsabilité civile de la société mère. L'ordonnance du 19 juillet 2017 a également créé une déclaration de performance extra-financière, un nouveau mécanisme de *compliance*,<sup>458</sup> qui permet cependant à tout intéressé de saisir le juge afin qu'il enjoigne les sociétés à se mettre en conformité avec les exigences légales d'information. Mais si on considère que les questions environnementales et climatiques entrent aussi dans le champ de la loi du 27 mars, la responsabilité de la société mère pourrait aussi être recherché sur ce fondement.

---

une-conduite-exemplaire.

455. *Les Droits de l'Homme dans l'Industrie des Mines et des Métaux. Généralité, Approche de Gestion et Enjeux* (ICMM 2009) 1.

456. UN Human Rights Council, "Business and Human Rights : Towards Operationalizing the "Protect, Respect and Remedy" Framework, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises" (22 April 2009) UN Doc A/HRC/11/13, para 8.; Trebilcock A., "Cadre international des initiatives concernant la responsabilité des entreprises", in Thouvenin J.-M. et Trebilcock A. (dir.), *Droit international social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.778-781.

457. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres; Abadie P., « Le devoir de vigilance des sociétés mères : responsabilisation actuelle, responsabilités à venir », *Gaz. Pal.*, 6 Juin 2016, n° Hors-série, Actes du Colloque de Deauville « Les devoirs des actionnaires », p. 55; Parance B., « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Gaz. Pal.* 2017, n° 15, p. 16; Viney G., Danis-Fatôme A., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mère et des entreprises donneuses d'ordre », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 1610.

458. Parance B., Groulx E., « La déclaration de performance extra-financière, nouvelle ambition du reporting extra-financier », *JCP E.*, 2018, 1128.

Ce sont dans l'ensemble de ces lois nationales, les mêmes obligations de « vigilance » que celles des principes directeurs de l'ONU qui ont été introduites. Toutefois, ce qui est nouveau dans ce changement de source, est le fait que si une sociétés manquent à ces obligations, la loi permet alors aux victimes d'agir en responsabilité devant un juge<sup>459</sup>. La grande nouveauté du régime du principe de vigilance se résume à l'identification d'un nouveau fautif : la société mère. C'est en effet parce qu'elle a commis des fautes personnelles – un défaut de vigilance, un défaut dans son obligation de prévention - dans sa sphère d'influence, ses filiales et sous-contractants, que sa responsabilité est retenue pour des dommages environnementaux nés dans cette sphère d'influence<sup>460</sup>. En terme de procédure, le manquement à cette obligation sera une faute personnelle de manquement à une obligation de résultat (c'est-à-dire d'instaurer de tels plans de vigilance) ou à une obligation de moyen (un plan insuffisant pour prévenir des dommages causés par exemples par ses sous-traitants ou filiales). Il existe ainsi une faute personnellement imputable à la société mère et un motif légitime, un intérêt légalement protégé d'agir pour une victime de ce dommage né d'une action d'une filiale ou d'un sous-contractant.

En conséquence, en écartant le voile de la personnalité morale, cette faute personnelle localise le litige sur le territoire de l'État où est incorporée la société transnationale en lui donnant accès au juge national et à sa loi nationale. Cette faute personnelle a pour conséquence de donner un nouveau juge mais aussi une loi nouvelle à l'action en responsabilité en raison d'un dommage environnemental.

Le principe de vigilance donne un droit légitime d'action pour la victime contre la société transnationale devant le juge sur le territoire duquel est incorporée la société transnationale. Tout d'abord, le principe donne une nouvelle « base juridique » aux actions des victimes pour « lever le voile » de la personnalité morale. Or, cela n'était pas possible jusqu'à aujourd'hui car le droit – national ou international – a pour définition le territoire national, et que ce droit – national ou international – ne peut saisir une société transnationale - par définition sans territoire - car elle se définit par son pouvoir de créer des filiales ou des contrats dans un autre pays pour échapper à la responsabilité. Le principe de la personnalité juridique, de la personnalité des peines et le principe de l'application territoriale du droit et de la liberté d'incorporation font, en effet, échec au droit de la responsabilité. Parmi les grands principes du droit figure en effet celui de l'indépendance des

---

459. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres, [consulté le 20 avril 2018]. Disponible à l'URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626>.

460. En ce sens, à propos de l'arrêt Erika : Carpentier C., « Sociétés mères et droit de l'environnement », *Revue Droit des Affaires*, Lamy, 2012, p.79.

personnes morales : les entités qui composent un groupe de sociétés sont juridiquement distinctes les unes des autres, les engagements pris par certaines ne pouvant avoir par principe de répercussion sur les autres. Figure également le principe de la personnalité de la responsabilité, une société ne pouvant être responsable des fautes d'autrui, filiales, contractant ou sous-contractants. Pour les praticiens, en conséquence « le groupe est donc une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés »<sup>461</sup>. Et les techniques de corporate (filialisation, utilisation de trust, de fondations, shell companies, sous traitance, etc.) sont avant tout des techniques de *liability shopping*, de *tort law shopping* et de *criminal law shopping*<sup>462</sup>.

Pour contourner ces techniques d'évitement de la responsabilité, le droit de l'environnement – droit de l'homme - a ainsi créé une faute personnelle de la société mère. La faute personnelle est celle de n'avoir pas réalisé son obligation de pouvoir de contrôle et de vigilance de ses activités sur l'opération économique (et non sur la simple filiale ou le co-contractant).

Le principe de vigilance est dit préventif car il oblige la société à prendre des mesures préventives pour éviter les dommages environnementaux. Les articles 17 à 26 des principes directeurs de l'ONU sont l'origine de cette obligation à prendre des mesures préventives que l'on retrouve dans la loi française relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017. Mais cette obligation de réaliser des actions préventives est également issue de très nombreuses réglementations d'entreprise qui « s'engagent » à appliquer les Objectifs de Développement Durable de l'ONU, tels les 608 sociétés transnationales qui s'engagent par des « *pledges ; commitment letter* » dans l'initiative *science bases target*<sup>463</sup>. Ces textes très divers imposent, en effet, des actions aux transnationales, dont un plan de vigilance avec ses quatre éléments, 1/ cartographier les risques, 2/ déterminer des actions de préventions, 3/ évoluer, et communiquer (transparence). Les sociétés sont toutefois libres d'isoler les objectifs de développement durable qui leurs semblent importants eu égard à l'activité de leur société. Ainsi, le champ de cette obligation peut – et même doit - varier en fonction de l'activité de la société mais aussi du fondement de cette obligation, formulé par la loi, un texte international ou simplement un « *pledge* », engagement d'entreprise. C'est au juge qu'il reviendra de donner un contenu concret à cette obligation de vigilance et de répondre, par exemple, à la question de savoir

---

461. Hannoun C., « Environnement et Développement Durable », *Environnement* n° 6, juin 2009, dossier 7.

462. Lhuillier G., *op. cit.*, note 31.

463. <https://sciencebasedtargets.org/>

si cette vigilance doit s'appliquer à la question « climatique ».

Par ailleurs, le devoir de vigilance en créant une nouvelle base légale à l'action des victimes contre la société mère, donne une option procédurale aux victimes. Elles peuvent ainsi choisir de saisir les juridictions de l'État du lieu du dommage causé par la filiale ou le sous-contractant – par exemple l'équateur où vit la victime de la filiale -, ou de saisir les juridictions du lieu d'incorporation de la société à caractère transnational - par exemple la France, lieu d'incorporation de la transnationale. Cette nouvelle base légale « localise » le litige sur le territoire de l'État de la société transnationale. Son fondement est la faute personnelle commise sur son territoire national de ne pas avoir établi un plan de prévention des risques, qui eux peuvent survenir à l'étranger.

Les règles de conflits de juridictions comportent, en effet, un principe universel qui donne priorité au critère du domicile du défendeur. Par exemple, l'art. 4 §1 du Règlement 1215/2012 "Bruxelles I bis (refonte)", concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, pose le principe général : « sous réserve des dispositions de la présente convention (ou du présent règlement), les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant (ou d'un État membre) sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État »<sup>464</sup>.

De plus, cette localisation sur le territoire limitera le *forum non conveniens*, qui repose le plus souvent sur un éloignement, un manque de localisation du conflit au lieu de la juridiction.

Cette option permet ainsi d'assurer la sécurité juridique pour la victime mais très certainement aussi pour la société transnationale : le juge compétent sera celui du lieu d'incorporation de la société mère.

En outre, le devoir de vigilance permet une exécution simplifiée de la décision de justice. Le devoir de vigilance, en localisant le procès sur le territoire d'incorporation de la société transnationale dispensera l'exécution de la décision de justice de la formalité d'*exequatur* réservée aux décisions de justice « étrangères ». Les difficultés d'exécution d'une décision de justice étrangère condamnant une société transnationale sur le territoire de son lieu d'incorporation sont ainsi écartées. Les conditions d'exécution de la sentence s'en trouve ainsi renforcées. Enfin, l'intégration de l'obligation de vigilance dans un traité

---

464. Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte).

international limitera le pouvoir d'un juge national de refuser un *exequatur*. En effet, ces dispositions – si elles sont directes - deviendront « d'ordre public international » pour le juge national. Et si divers traités sur l'effet des décisions de justice étrangères ainsi que les législations nationales permettent la non reconnaissance d'une décision de justice au cas de non-conformité à l'ordre public international, cela ne sera plus possible<sup>465</sup>.

Le devoir de vigilance en localisant le litige sur le territoire d'incorporation donnera, enfin, une option au demandeur entre la loi étrangère du lieu de survenance du délit et la loi nationale du lieu d'incorporation, ce qui est un autre élément de sécurité juridique pour la victime mais aussi la société transnationale.

En matière pénale, d'une part, la compétence juridictionnelle, qui est une compétence territoriale de l'État où est localisé le délit, entraîne aussi la compétence législative. Là encore, la localisation du délit sur le territoire d'incorporation de la société mère aura des conséquences importantes sur la loi pénale applicable. Imposer des obligations de vigilance permet, en effet, d'engager la responsabilité pénale de la société mère, sur le fondement de la loi pénale de la localisation du délit, le lieu de son siège social, donc de sa loi nationale. C'est aussi l'élément légal de l'infraction qui sera précisé par cette localisation. L'action est justifiée par les actes positifs objectivables par la RSE, rendue obligatoire par le principe de vigilance. Il s'agit ainsi des actes que doit accomplir la société pour s'exonérer de la faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement - s'il est établi que la société transnationale dans les faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont elle disposait. Or, les obligations de vigilance précisent ces diligences obligatoires, et donc l'élément légal de l'infraction. L'arrêt rendu le 25 septembre 2012 par la Cour de cassation dans l'affaire Erika<sup>466</sup> consacre ainsi, par exemple, l'extension de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières transnationales, dont la faute est objectivée sur le fondement des engagements volontaires de celle-ci, la RSE. En réponse aux premières marées noires, les compagnies pétrolières ont, en effet, eu recours à des constructions juridiques permettant de cloisonner les risques juridiques et financiers et de compartimenter les responsabilités tout en se réservant un droit de regard sur la marche des navires grâce au support de la charte-partie. Or, l'article

---

465. Plantey A., « Définition et principes de l'ordre public », in Raymond Polin (dir.), *L'ordre public*, Actes du colloque, Paris, 22 et 23 mars 1995, PUF, 1996.

466. Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, P+ B+ R+ I.

8 de la loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 punit toute personne « exerçant, en droit ou en fait, un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire », dont « l'imprudence, la négligence ou l'inobservation des lois et règlements » a provoqué un accident de mer à l'origine d'une « pollution des eaux territoriales, des eaux intérieures ou des voies navigables jusqu'à la limite de la navigation maritime ». Dans cette affaire, la carence fautive en droit pénal de Total est donc définie eu égard à ses engagements volontaires en matière de responsabilité sociale des entreprises, en se référant aux règles de contrôles internes que celle-ci avait mis en place sur la base d'engagements volontaires et non au regard de dispositions réglementaires impératives, aucune norme internationale n'exigeant de Total de procéder à un contrôle technique des navires. Total avait, en effet, de sa propre initiative, mis en place un contrôle spécifique de la qualité des navires appelé « *Vetting* », afin d'éviter le risque d'une recherche de responsabilité pour faute en cas d'affrètement d'un navire sous norme.

L'arrêt du 25 septembre 2012 témoigne ainsi de la volonté de la Cour de cassation de sanctionner les excès de tels montages juridiques dès lors qu'ils seraient destinés, selon les juges, à diluer les responsabilités, notamment des sociétés-mères de sociétés transnationales. La cour d'appel avait pris le soin de relever que la filiale de Total ayant conclu la charte était en partie une coquille vide puisqu'elle n'avait « aucun effectif, pas de locaux au Panama où elle était immatriculée ( ... ) pas d'autonomie ni juridique ni financière ». La Cour de cassation confirme l'analyse de la cour d'appel, considérant que Total « n'a pas accompli les diligences normales qui lui incombent ». Le non-respect de l'engagement volontaire caractérise, en l'espèce, la faute d'imprudence susceptible d'engager la responsabilité pénale de la société mère. Mais le devoir de vigilance permet aussi de préciser l'élément moral de l'infraction, car l'existence de ces plans et mesures de vigilance permet de faire la preuve, de justifier que la société mère fautive avait nécessairement conscience qu'il s'ensuivrait probablement un dommage.

D'autre part, en matière civile, les droit des États fédérés américains, des États européens ou chinois, usent des critères du lieu de survenance du dommage, du fait générateur, du lieu d'incorporation, ou tout autre ayant un lien de proximité, ce qui donne un fondement à la loi du pays de la société transnationale que l'obligation de vigilance permet d'appliquer. L'option entre le lieu du dommage et la loi du fait dommageable - voire un rattachement direct au lieu du fait dommageable - peut être étudiée à travers l'exemple du règlement 864/2007 (dit Rome II) du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles en matière civile et commerciale. Dans les situations où l'article pose

la règle de la loi du lieu de survenance du dommage, ne sont donc pris en considération pour la détermination de la loi applicable ni le lieu du fait générateur, ni le lieu où des conséquences indirectes, surviennent (art. 4). En cas de dommages physiques ou aux biens, la loi applicable est celle du pays où les blessures ont été subies ou les biens endommagés (cons. 17). Par exception, la loi de l'État de la résidence habituelle du responsable et de la victime s'ils résident dans le même État sera applicable.

Dans le cas de l'option exceptionnelle en cas d'atteinte à l'environnement, l'article 7 du règlement donne le choix au demandeur entre la loi du lieu où le dommage s'est produit et la loi du lieu du fait générateur. Dans tous les cas, la recherche au cas par cas de la proximité l'emporte puisque le juge peut toujours appliquer la loi présentant des « liens manifestement plus étroits » avec le fait dommageable.

Mais alors que le critère du fait générateur a pour conséquence, le plus souvent, l'application de la loi d'État du Sud où le préjudice a été causé, si on considère que le fait générateur des dommages causés est le manquement à l'obligation de vigilance par la société mère, c'est alors la loi d'incorporation de la société transnationale qui a manqué à son obligation de vigilance sur son territoire national qui s'appliquera.

Par ailleurs, cette loi nationale de la responsabilité civile est mise en application par le recours à l'obligation de vigilance. Dans les États nationaux d'incorporation des sociétés transnationales, tels les États-Unis, le Royaume-Unis, le Canada ou la France par exemple, de nombreuses théories tentent de percer le voile de la personnalité morale. Les théories de l'*agency*, du *trust*, ou du *duty of care* permettent ainsi d'imputer la responsabilité à la société mère. Mais dans tous ces cas, l'existence de devoir de diligence permet de prouver, à la fois, l'existence de l'obligation de vigilance et son champs d'application, c'est-à-dire le lien raisonnable entre la société mère et auteur du dommage - ou plus largement la sphère d'influence qui donne un caractère extraterritorial à la responsabilité - et la nature de la faute, c'est-à-dire la prévisibilité du dommage.

L'arrêt de 2013 *Choc v. HudBay Minerals Inc.*<sup>467</sup> est un bon exemple. Cette affaire jugée par la Cour suprême canadienne regroupait trois actions introduites par des membres de la population maya *Q'eqchi* indigène pour les allégations d'abus commis par le personnel de sécurité de l'exploitation minière de HudBay au Guatemala en 2007 et 2009. Les plaignants estimaient que *HudBay*, une société minière canadienne dont le siège est à Toronto, était directement responsable des actes de son ancienne filiale guatémaltèque

---

467. *Hudbay*, 2013 ONSC 1414.

et dans l'une des trois actions, de faits des personnes physiques responsables des actions de la filiale guatémaltèque. Les plaignants ont fait valoir que *HudBay* était directement responsable pour avoir omis de prévenir (*duty of care*) les méfaits commis par le personnel de sécurité de sa filiale guatémaltèque en raison d'une obligation de diligence de la société mère. Lors des débats, c'est l'existence d'une obligation de vigilance qui va déterminer l'existence et le périmètre du devoir de *tort law*<sup>468</sup>.

Après l'affaire Erika de 2012, le principe de la responsabilité des sociétés mères pour dommage environnemental était assez généralement admis, mais, de nature prétorienne, son imprécision était regrettée : « la protection de l'environnement apparaît comme un impératif supérieur au principe d'indépendance des personnes morales et il est donc nécessaire que la contribution de la société mère à la réparation des dommages causés à l'environnement soit appréhendée sérieusement en application de principes clairement définis »<sup>469</sup>. La clarté de ce principe semble ainsi aujourd'hui plus grande.

Ces dispositions agrémentent ainsi le « contenu » de l'ordre public en définissant des règles à respecter, contraignantes.

Les tribunaux arbitraux internationaux s'appuient également sur la *soft law* pour appliquer aux sociétés transnationales des principes de droit international.

## B. Technique de l'ordre public et l'arbitre international

Les arbitres semblent depuis peu tentés de rééquilibrer un droit de l'investissement dont la faveur pour les sociétés transnationales semble aujourd'hui contestée<sup>470</sup>. La Sentence

---

468. « *Ce standard de conduite permet d'apprécier, en fonction des circonstances propres à l'affaire, la faute de négligence de la personne à qui il incombe, que cette négligence ait été volontaire ou non... Les évolutions jurisprudentielles britannique et canadienne montrent que les juridictions semblent de plus en plus enclines à faire peser un duty of care sur les sociétés mères et leurs filiales particulièrement en ce qui a trait à leurs obligations de respect des droits de l'homme...* »

Parance B., Groulx E., « Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care », *JDI*, Janvier-Février-Mars 2018.

469. Carpentier C., « Sociétés mères et droit de l'environnement », *Revue Droit des Affaires*, Lamy, 2012, p.79.

470. Voir Lemaire S., « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, les demandes reconventionnelles de l'État », *Revue de l'arbitrage*, 2017, 2, pp. 682-698. Voir, plus nuancé, Latty F., « L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le gymkhana de la réaffirmation de l'État », in EL Ghadban T., Mazuy C.-M., Senegacnik A. (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ?*, Pedone, 2018, p. 161.

d'arbitrage international d'investissement dite *Urbaser* de 2016<sup>471</sup> illustre ce potentiel réformateur de la justice arbitrale en créant un principe de responsabilité des sociétés transnationales envers les États. Dans cette affaire, l'État argentin demandait au tribunal, par demande reconventionnelle, de considérer la société, à laquelle elle était liée par plusieurs contrats de concession pour l'assainissement et la distribution de l'eau dans certaines provinces du pays, responsable d'une violation des droits de l'Homme et plus particulièrement du droit d'accès à l'eau. Selon lui, la société n'aurait pas pris toutes les mesures pour garantir un droit fondamental. Les questions de droit posées étaient d'une grande importance : les sociétés transnationales peuvent-elles être responsables d'une violation des droits de l'Homme dans le cadre de leurs activités établies dans des États étrangers ? Et dans l'affirmative, sur quels fondements se base cette responsabilité ?

Le premier apport de cette sentence est d'affirmer expressément que les sociétés transnationales ne peuvent plus continuer à échapper au respect du droit international. En l'espèce, le tribunal précise que le droit d'accès à l'eau, mis en cause par l'État argentin, est bien un droit de l'Homme, protégé par plusieurs textes internationaux faisant naître une obligation pour les États de permettre à sa population d'accéder à de l'eau propre. Toutefois, afin que ce droit incombe aux sociétés il est nécessaire qu'une telle obligation découle soit du traité d'investissement (TBI), de la convention de Washington, du contrat de concession, des lois domestiques applicables, ou d'une obligation spécifique fondée sur les principes généraux du droit international – cette dernière option constitue l'apport principal de cette sentence. A travers le recours à la *soft law* et au concept de responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) le tribunal va examiner cette question. Pour le tribunal arbitral, la *soft law*, la RSE d'entreprise s'intègre au droit international en faisant des renvois aux textes internationaux par des chartes éthiques, codes de bonnes conduites, résolutions, etc. Par ces renvois, les sociétés transnationales deviennent alors des sujets de droit international, d'un droit qu'elles doivent désormais respecter. Certains auteurs évoquent ainsi l'idée d'une *New lex mercatoria*<sup>472</sup>.

Le raisonnement est novateur car le tribunal aurait pu directement se fonder sur les engagements issus de la RSE et considérer qu'ils impliquent des obligations contraignantes

---

471. Sentence du 8 décembre 2016, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, [consulté le 8 février 2020]. Disponible à l'URL : <https://www.italaw.com/cases/1144>.

472. Ruggie J., Sherman J., « Adding Human Rights Punch to the New Lex mercatoria : The Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice », *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, 6, 455-461, [consulté le 10 février 2020]. Disponible à l'URL : [https://scholar.harvard.edu/files/john-ruggie/files/adding\\_human\\_rights\\_punch\\_to\\_the\\_new\\_lex\\_mercatoria.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/john-ruggie/files/adding_human_rights_punch_to_the_new_lex_mercatoria.pdf).

pour les sociétés, des engagements unilatéraux. Ce n'est donc pas le caractère contraignant de la RSE qui justifie le raisonnement du tribunal mais bien l'intégration, par la RSE, des sociétés dans le champ d'application du droit international. La RSE n'est donc pas entendu comme un outil contraignant par nature mais plus comme une clause de choix de la loi et comme standard de comportement qui permet d'évaluer concrètement un manquement à ces règles de droit international. Le tribunal précise ainsi les conditions concrètes de mise en cause de la responsabilité d'une société transnationale sur le fondement du droit international. La RSE est, en effet, utilisée comme un standard de comportement des sociétés du commerce international. Cela signifie que si chaque activité d'une multinationale doit être menée dans le respect des droits de l'Homme, afin de savoir précisément quelles sont les obligations qui découlent de ce standard de droit, il faudra regarder précisément, dans chaque cas d'espèce, le lien qui existe entre le droit mis en cause et le contexte dans lequel l'activité spécifique de la société est menée, à travers la *soft law*. Les obligations des sociétés, fondée sur le droit international, découlent donc d'une appréciation *in concreto*.

Cette sentence illustre comment les arbitres internationaux se tournent vers des méthodes hybrides d'application du droit, leur permettant de prendre en compte l'ensemble des espaces normatifs sans pour autant établir une hiérarchie stricte entre eux. En effet, les méthodes classiques du droit international sont dépassées dans le cadre transnational dans lequel évoluent les sociétés internationales. Celui-ci permet effectivement aux sociétés transnationales de contourner les règles locales et l'engagement de leur responsabilité individuelle par de nombreuses pratiques donnant lieu à une dérégulation globale. Or, aucune réponse satisfaisante ne peut plus être apportée par une vision traditionaliste du droit international. En l'espèce, si les arbitres avaient adopté un raisonnement conflictualiste, ils n'auraient pas pu rechercher l'existence potentielle d'une obligation spécifique du respect du droit d'accès à l'eau envers les sociétés, car celle-ci n'existe pas en droit national applicable.

Ainsi, abandonnant une vision classique du droit international partant d'un facteur de rattachement territorialiste pour chercher l'existence d'une obligation, les arbitres adoptent un raisonnement inverse. Ils partent de la norme du droit international qu'ils considèrent globale, voire universelle - les droits de l'Homme - pour s'intéresser à leur application au sein d'un espace non pas géographique mais sectoriel - l'eau, l'extraction, etc. - et examinent enfin s'il existe une obligation spécifique à celui-ci. Pour un lecteur particulièrement averti de la sentence *Urbaser*, dans ce raisonnement, la RSE, « la *soft law* peut être em-

ployée par le juge aux fins d'identifier par ses propres moyens une norme coutumière, en tant qu'élément de la pratique générale acceptée comme étant le droit »<sup>473</sup>. Le juge déduit le caractère coutumier d'une règle, par exemple « de divers instruments *soft law*, combinés à des décisions arbitrales éparses et quelques échantillons conventionnels »<sup>474</sup>. Mais la sentence pourrait aussi bien être rapprochée du pouvoir de créer des principes de droit qui caractérisent l'office de l'arbitre international, et dite *lex mercatoria* - qui pour Clive M. Schmitthoff<sup>475</sup> résultait, à l'identique, d'une analyse des dispositions des conventions internationales, des lois modèles, des usages du commerce et des pratiques du commerce international.

Cette sentence ouvre donc de nombreuses autres voies pour réinstaurer une régulation au sein des relations transnationales, et surtout donne un fondement en droit international pour les diverses obligations de vigilance que l'on trouve soit dans la RSE, soit dans les législations ou jurisprudence de *Common Law* ou de droit continental.

L'arbitre n'ayant pas de for, cette nouvelle technique résidant dans la prise en compte du droit international dans l'arbitrage international pour l'appliquer aux sociétés transnationales permet de dépasser les contradictions issues du droit international qui permettent aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat ou à leur contentieux, en ayant pour conséquence de les soustraire à certaines obligations.

Le droit international humanitaire pourrait ainsi être d'effet direct envers les sociétés internationales.

---

473. Latty F., « De la tendresse dans le monde des juges : la soft law devant les juridictions internationales », in Deumier P., Sorel J.-M. (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, coll. Contextes, Culture du droit, Paris, LGDJ/Lextenso, 2018, pp. 387-401.

474. Latty F., Ibid, qui cite comme exemple de ce raisonnement la sentence, 8 déc. 2016, *Urbaser SA et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ Argentine*, n° ARB/07/26, § 1195 s.

475. Schmitthoff C. M., « International Business Law : a New Law Merchant », in Macdonald R. St. J., *Current Law and Social Problems*, 1961, p. 149 ; Schmitthoff C. M., *The Unification of the Law of International Trade*, Gothenburg School of Economics and Business Administration Publication 1964, Gothenburg, 1964, p. 6-7.

# Conclusion

Le cas Chevron illustre la nécessité et la légitimité des demandes concrètes de changement dans les schémas juridiques contemporains et impose de penser des améliorations dans la protection judiciaire effective des personnes affectées dans des cas impliquant la violation des droits de l'Homme par une société transnationale.

L'étude particulière des deux contrats extractifs et du contentieux Chevron souligne les tensions entre la protection des investisseurs étrangers et la protection des droits de l'Homme, ainsi que la difficulté d'articuler des procédures arbitrales et judiciaires.

L'étude de la pratique des contrats internationaux extractifs illustre parfaitement les changements à l'oeuvre dans les pratiques du droit transnational, et plus largement du droit international. Les nombreuses techniques juridiques de choix issues du droit national et international ont, dans une certaine mesure, limité la responsabilité des sociétés transnationales dans leurs actions. La place accordée à la volonté des parties se heurtent, parfois, à certaines limites par le jeu de l'ordre public transnational. Toutefois, l'absence de normes contraignantes de droit international imposant une responsabilité accrue aux sociétés transnationales est significative de l'évolution du droit international. L'apparition d'"espaces normatifs" particuliers construits à partir de la pratique des acteurs du commerce international est une nouvelle réalité qui impose de repenser l'analyse des contrats extractifs internationaux ainsi que le contentieux extractif international à la lumière de ces nouveaux paradigmes.

Les différentes catégories du droit, les techniques de gestion et les sciences sociales permettent ainsi d'apporter un éclairage pertinent lors de la négociation et de l'application d'un contrat extractif international. L'analyse combinée des évolutions du droit international à la lumière des techniques juridiques et des stratégies de gestion permet d'apporter une vision complète des processus à l'oeuvre au sein du droit international extractif. Les sociétés évoluant dans un contexte international, une analyse globale des processus de décision semble ainsi inéluctable.

La question des contentieux extractifs internationaux - faisant appel en grande partie au droit de l'arbitrage - relève également d'une nouvelle lecture, à l'aune de la fragmentation du droit international et du pouvoir accordé aux pratiques professionnelles.

Face à constat, les ordres juridiques nationaux ont tenté de réagir afin de contraindre les sociétés transnationales à assumer la responsabilité environnement et sociétale de leurs agissements. L'ordre juridique international, par la négociation d'un traité contraignant ainsi que le développement de projets et principes internationaux, vise, pour sa part, à

sanctionner le non-respect par les sociétés transnationales des droits de l'environnement et des droits humains.

L'approche stratégique développée dans cette thèse permettra peut être aux acteurs des contrats et contentieux de prendre en compte la complexité de ces « espaces normatifs » et des réactions des États dans l'ensemble de leurs choix de lois et de procédure qui sont autant de choix résultants de leurs stratégies.

# Table des matières

Introduction

- A. OBJET : LES TRANSFORMATIONS DU DROIT INTERNATIONAL PAR LA PRATIQUE DES ACTEURS . . . . . 7
  - 1. Les contrats internationaux extractifs. . . . . 8
  - 2. Le contentieux extractif. . . . . 13
- B. CHAMPS SCIENTIFIQUE : LE DROIT TRANSNATIONAL, DROIT DE LA PRATIQUE DES ACTEURS DU COMMERCE INTERNATIONAL . . . 15
- C. HYPOTHÈSES : LES PRATIQUES DE CHOIX PAR LES ACTEURS CONSTRUISENT L'ESPACE DES NORMES APPLICABLES PAR LES JUGES LORS DU CONTENTIEUX . . . . . 17
- D. EPISTHÉMÉ PARTICULIER : ENTRE DROIT ET MANAGEMENT. . . 21
  - 1. La notion de choix et les sciences juridiques . . . . . 21
  - 2. La notion de choix et les sciences de gestion . . . . . 24
- E. MÉTHODE ADOPTÉE : APPROCHE PRAXÉOLOGIQUE ET CASUISTIQUE  
28
- F. INTÉRÊT DU SUJET . . . . . 31
  - 1. Théorique. . . . . 31
  - 2. Pratique . . . . . 33

Partie 1 : L'identification des pratiques de choix de la loi par les parties

CHAPITRE 1 - LES CHOIX DE LA LOI DANS LA PROCÉDURE . . . . .	38
SECTION 1 - LA PRATIQUE CONTENTIEUSE. . . . .	38
A. LE CONTENTIEUX TEXACO . . . . .	38
B. DEUX CONTRATS EXTRACTIFS INTERNATIONAUX AU CONTENU DIFFÉRENT . . . . .	44
SECTION 2 - LA TECHNIQUE JURIDIQUE . . . . .	51
A. LE LAW SHOPPING. . . . .	51
1. Le contrat sans loi. . . . .	55
2. Les autres techniques juridiques de choix de la loi applicable . .	61
B. LE FORUM SHOPPING . . . . .	64
1. Les choix en droit international de la procédure. . . . .	64
2. La place de l'arbitrage international . . . . .	74
3. Le choix de hiérarchie normative . . . . .	79
C. LE CHOIX DES TIERS . . . . .	83
CHAPITRE 2 - LES CHOIX DE LA LOI DANS L'EXEQUATUR . . . . .	87
SECTION 1 - LA PRATIQUE CONTENTIEUSE. . . . .	87
SECTION 2 - LA TECHNIQUE JURIDIQUE . . . . .	94

Partie 2 : La réaction des ordres juridiques aux choix de la loi

CHAPITRE 1 - LA RÉACTION DU DROIT INTERNATIONAL . . . . .	113
SECTION 1 - LA PRATIQUE NORMATIVE. . . . .	113
A. HISTORIQUE DU TRAITÉ : LE CONTENTIEUX PETROLEUM . . . . .	113
B. LES NÉGOCIATIONS EN COURS. . . . .	121
SECTION 2 - LA TECHNIQUE JURIDIQUE . . . . .	126

CHAPITRE 2 - LA RÉACTION DES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX . . . .	138
SECTION 1 - LA PRATIQUE NORMATIVE. . . . .	138
A. LE SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DANS LES ACCORDS INTERNATIONAUX. . . . .	138
1. La contestation des systèmes de règlement des différends des accords d'investissement . . . . .	139
2. Le système juridictionnel d'investissement du CETA . . . . .	140
3. La réaction de la CJUE, l'arrêt Achmea . . . . .	143
B. LES INITIATIVES NATIONALES . . . . .	148
1. Dodd-Frank Act . . . . .	148
2. Le cas de la Chine. . . . .	149
3. Les initiatives de l'Union européenne . . . . .	150
4. La loi sur le devoir de vigilance en France . . . . .	150
5. La loi Belge relative à la lutte contre les activités des fonds voutours . . . . .	153
6. Le cas du Royaume-Uni . . . . .	158
SECTION 2 - LA TECHNIQUE JURIDIQUE . . . . .	159
A. TECHNIQUE DE L'ORDRE PUBLIC ET LE JUGE JUDICIAIRE . . . .	161
B. TECHNIQUE DE L'ORDRE PUBLIC ET L'ARBITRE INTERNATIONAL	173

# Bibliographie

## Doctrines et autres documents

Alien Tort Claims Act (A.T.C.A.), reproduit in McDonald G. K. et Swaak-Goldman O. (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, The Experience of International and National Courts, Documents and Cases*, vol. II, Part II, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 557.

Alland D., Rials S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1475.

Audit M., Bollé S., Callé P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2e éd., Précis Domat, 2016, p. 36.

Bartin E., *Principes de droit international privé, T.I*, Domat-Montchrestien, 5e éd., 1930, # 218.

Battifol H., *Conflits de lois en matière de contrats*, Étude de droit international privé comparé, Sirey, 1938.

Battifol H., "La loi approprié au contrat" , in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à B. Goldman, Paris, Litec, 1982, pp. 1 et s.

Berlin D., "Contrats d'Etat", *Rep. Dalloz Dr. Int.*, 1998.

Bigo D., Frontières, territoire, sécurité, souveraineté, *CERISCOPE Frontières*, 2011.

Braud P., *Penser l'État*, Paris, Seuil, Point, 2004.

Breen E., *FCPA. La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, coll. Pratique des affaires, Joly éditions, 2017.

Commission européenne. (2016, 29 septembre). Procédures d'infraction du mois de septembre : principales décisions. Tiré de [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-16-3125 fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3125_fr.htm).

Commission européenne, *Le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)*,

12 mars 2015.

Commission européenne – Fiche d’information – Éléments clés des accords sur le commerce et les investissements entre l’UE et Singapour, Strasbourg, 18 avril 2018

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l’UE pour la période 2011-2014 /\* COM/2011/0681.

Conseil constitutionnel, décision du 31 juillet 2017.

Cornu G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd., 2007, p.94.

Cornu G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e éd., 2011.

De Vareille-Sommières P., *L’exception d’ordre public en droit international privé, cours général*, Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye., Brill, 2009.

Deumier P., « Les sources de l’éthique des affaires », *in Libre Droit, Mélanges P. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 355.

Deirmendjian E., *La stratégie d’anticipation procédurale en matière civile*, Thèse, Toulon, 2012.

Donnedieu de Vabres H., *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1928, pp. 135-170.

Dross W., *Clausier*, LexisNexis, 2e éd. 2011.

Dugan C. F., Don Wallace J., Rubins N. D., Sabahi B., *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2008.

Duva S. and Bilchiltz D. (eds), *Human Rights Obligations of Business : Beyond the Corporate Responsibility to Respect ?*, Cambridge University Press, 2013.

Fadlallah I., « L’ordre public dans les sentences arbitrales », *Rec. Cours La Haye*, 1994, V, p. 377.

Fortin M.-F., Gagnon J., *Fondements et étapes du processus de recherche : méthodes quantitatives et qualitatives*, Chenelière éducation, 2010.

Fouchard P., E. Gaillard E., B. Goldman, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, 1996 n° 369, p. 199.

Foyer V. J., ”Le contrat d’electio juris à la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980” , *in Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 169.

Francescakis P., *Répertoire de droit international*, Dalloz, V ° Ordre public, n ° 9.

Gaillard E., *La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, Etudes Pierre Bellet, Editions Litec, 1991, p. 203.

Gaillard E., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, RCADI 2007, V, t. 32, p. 49, n ° 50.

Gaillard E. et Banifatemi Y. (dir.), *The Precedent in International Arbitration*, IAI Series of international arbitration n ° 5, 2008.

Gagnon Y.-C., *L'étude de cas comme méthode de recherche : guide de réalisation*, Presses de l'Université du Québec, 2005, 128 p.

Geny F., " La technique législative dans la codification civile moderne ", Livre du centenaire, 1904, pp 989- 1038

Ghestin J., « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *in Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant 1984, p. 77 et s.

Grisel F., *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique*, préface de Cadiet L., Fondation Varenne Collection de thèses, 2011.

Hauser J., *Objectivisme et subjectivisme (contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, Paris, LGDJ, 1971, n ° 46, p.58 et s.

Heuze V., *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, Paris, G.L.N. Joly, 1990, préf. Lagarde P.

Human Rights Council, United Nations, 14 juillet 2014, A/HRC/RES/26/9 .

*Instrument interprétatif commun concernant l'AECG*, Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, 27 octobre 2016.

*Intra-EU BITs before the Court of Justice of the EU*, Global Investment Protection,[en ligne] 24 mai 2016, (consulté le 10 mai 2017). Disponible à l'URL : <http://www.globalinvestmentprotection.eu-bits-before-the-court-of-justice-of-the-eu>.

Jacquet J.-M., *Contrat d'Etat*, Jurisclasseur Droit international, Fasc., 565-60, 1998,p. 2.

Jacquet J.-M., Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, 3e éd., Dalloz, 2015, p.207.

Jourdain-Fortier C., *Santé et commerce international, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Préface Loquin E., Litec, 2006.

Kessedjian C., *Droit du commerce international*, PUF, 2013.

Koenig G., *Études de cas et évaluation de programmes : une perspective campbellienne*, Actes de la XIV<sup>ème</sup> Conférence de l'Association Internationale de Management Stratégique, 2005.

Koskenniemi M., *Fragmentation of international law : difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, ONU, 2006.

Lagarde P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959.

Lagarde P., "Approche critique de la *lex mercatoria*", in *Le droit des relations économiques internationales – études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125, n° 19.

Lagarde P., *Rép. Dalloz. Dr. int.*, V° « Ordre public », 1998.

Lalive P., "L'ordre public transnational et l'arbitre international", in *Liber amicorum Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, vol. II, p. 559.

Lando O., "Choice of *lex mercatoria*", in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 747.

Larrosa V., La casuistique et l'enseignement du droit, in Raimbault P., Hecquard-Thénon M., *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, 2011, pp. 57-81.

Latty F., "L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'État", in EL Ghadban T., Mazuy C.-M., Senegacnik A. (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'État ?*, Pedone, 2018, p. 161.

Latty F., "De la tendresse dans le monde des juges : la *soft law* devant les juridictions internationales", in Deumier P., Sorel J.-M. (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, coll. Contextes, Culture du droit, Paris, LGDJ/Lextenso, 2018, pp. 387-401.

*Les Droits de l'Homme dans l'Industrie des Mines et des Métaux. Généralité, Approche de Gestion et Enjeux*, ICMM, 2009.

*Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 5e éd., p. 439.

Lhuillier G., "Le concept de *law shopping*. (Droit international privé, droit social, droit de l'environnement, in *Droit du travail et droit de l'environnement*. Regards croisés sur le

développement durable, Paris, Lamy-Wolters Kluwers, 2010.

Lhuilier G., "Le contentieux extractif : essai de définition", in Lhuilier G., Ngwanza A. (dir.), *Le contentieux extractif*, Paris, CCI, 2015.

Lhuilier G., *Droit transnational*, Dalloz, 2016.

Libchaber R., "L'exception d'ordre public en droit international privé", in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 65.

Loquin E., "A la recherche de la jurisprudence arbitrale" , in *La Cour de cassation, l'université et le droit, Mélanges en l'honneur d'A. Ponsard*, Litec, 2003, p. 213.

Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Matot-Braine, 1953, p. 3.

Mann F., « *Lex Facit Arbitrum* », in *International Arbitration – Liber amicorum for Martin Domke*, La Haye, 1967, p. 157, reproduit in *Arbitration International*, 1986.241.

Masson A., *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, 2009.

Mayer P., "Lois de police", Rép. Dalloz, dr. international, 1998.

Mayer P., *Réflexions sur la notion de contrat international*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Schulthess, 2008, p. 873.

Mayer V.P., "Rapport de synthèse", in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, dir. Clay T., Lextenso éd., 2011, p. 219, spéc. p. 227 et s.

Mcdougal M. S., Rreisman W. M., *International Law in Contemporary Perspective : The public order of the world community*, Mineola, N.Y. : Foundation Press, 1981.

*Mealey's International Arbitration Report*, LexisNexis, vol. 16, no. 1, 2001, p. 6

Merriam S., *Qualitative research and case study application in education : Revised and expanded from case study research in education*, Jossey-Bass Publishers, 275 p., 2001.

Mijolla-Mellor S., "Avant-propos. Qu'est-ce que choisir?", in Mijolla-Mellor S. (dir.), *Le choix de la sublimation*, Presses Universitaires de France, 2009, pp. 5-10.

Mousseron J.-M., Mousseron P., Raynard J., Seube J.-B., *Technique contractuelle*, 4e éd., éd. F. Lefebvre, 2010.

Niboyet J.-P., *Traité de droit international privé français*, T. VI", Librairie du recueil Sirey, 1950, n° 1981 et s.

O'Hara E. A., Ribstein L. E., *The Law Market*, Oxford University Press, 2009, 288 p.

Paulsson J., Petrochilos G., *Revisions of the UNCITRAL Arbitration Rules*, report to

UNCITRAL secretariat, 2006, pp. 8-9.

Plantey A., "Définition et principes de l'ordre public", *in* Raymond Polin (dir.), *L'ordre public*, Actes du colloque, Paris, 22 et 23 mars 1995, PUF, 1996.

Polkinghorne M., "Le démentèlement des sites pétroliers et gaziers", *in* Lhuilier G., Ngwanza A. (dir.), *Le contentieux extractif*, Paris, CCI, 2015.

Racine J.-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999.

Racine J.-B., Siiriainen F., *Droit du commerce international*, 2e éd., Dalloz, 2011.

Radon J., How to negotiate an oil agreement *in* Humphreys M., Sachs J. D., Stiglitz J. E., *in Escaping the Resource Curse*, Columbia University Press, 2007.

Rapport du Groupe de Travail II Arbitrage et Conciliation sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (7-11 Février 2011, New York), C.N.U.D.I. 54ème Session, NU Doc. A/CN/.9/717, para. 23-26.

Rapport de la coalition OECD Watch "Remedy remains rare", juin 2015.

Rapport au Premier ministre, L'impact de l'Accord Économique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/C.E.T.A.) sur l'environnement, le climat et la santé, Katheline Schubert, 7 septembre 2017.

Renouard C., « De la contribution de l'industrie extractive au développement socio-économique des populations riveraines », *in* Lhuilier G., Ngwanza A. (dir.), *Le contentieux extractif*, Paris, CCI, 2015.

Résolutions AGNU 2131 (XX), 2625 (XXV), 31/91, 36/103.

Revet T. *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 1.

Romero E. S., Caminades A., « Actualité des clauses de stabilisation : la variété des clauses dans les contrats pétroliers, miniers et gaziers sur plusieurs aires géographiques (Amérique Latine, Afrique, Mer noire, Moyen orient), *in* Lhuilier G., Ngwanza A. (dir.), *Le contentieux extractif*, Paris, CCI, 2015.

Ruggie J., "A UN Business and Human Rights Treaty?", Harvard John F. Kennedy School of Government, January 28, 2014.

Salmon J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/Agence universitaire de la Francophonie, Bruxelles, 2001, p. 491.

Schmitthoff C. M., "International Business Law : a New Law Merchant", *in* Macdonald R. St. J., *Current Law and Social Problems*], 1961, p. 149.

- Schmitthoff C. M., *The Unification of the Law of International Trade*, Gothenburg School of Economics and Business Administration Publication 1964, Gothenburg, 1964, p. 6-7.
- Stern B., "La compétence universelle", in *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague, Kluwer, 1999, pp. 735-753.
- Tchapmegni R., « Les nouvelles revendications foncières et l'activité extractive », in Lhuilier G., Ngwanza A. (dir.), *Le contentieux extractif*, Paris, CCI, 2015, pp. 9-28.
- Testu F.-X., *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010.
- Trebilcock A., "Cadre international des initiatives concernant la responsabilité des entreprises", in Thouvenin J.-M. et Trebilcock A. (dir.), *Droit international social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.778-781.
- United Nations Environment Programme, Sabin Center for Climate Change Law, *The status of climate change litigation a global review*, Columbia University, mai 2017.
- U. S. Foreign Sovereign Immunities Act, 21 octobre 1976, 28 U.S.C § 1330, 1602-1611, in McDonald G. K. et Swaak-Goldman O. (eds), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, The Experience of International and National Courts, Documents and Cases*, note 173, vol. II, pp. 581-587.
- Weil P., "Droit international et contrats d'Etat", in *Mélanges Reuter*, Pedone, 1981, p. 549.
- Wurzel, *Das juristische Denken*, Vienne, 1904, p. 84.
- Young M. A. (dir.), *Regime Interaction in International Law - Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, 2012.

## Décisions

- Cass. civ., 5 décembre 1910, 1911. 1, p. 129, note Ch. Lyon-Caen Ch. ; *JDI* 1912, p. 1156, obs. Galibourg H. ; *Rev. crit. DIP* 1911, p. 395 ; *GAJFDIP* n° 11.
- Civ. 1, 17 mai 1927, *JDI* 1928.419, D.P. 1928.1.25, concl. Matter et obs. Capitant.
- Civ. 19 fév. 1930, *Mardelé*, S. 1931.1.1, note Niboyet, DH 1930.228.
- Civ. 25 mai 1948, *Lautour*, in Ancel B. et Lequette Y. *Les grands arrêts du droit international privé*, Dalloz, 2006, 5e éd., p. 164.
- Civ. 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, D. 1951, p. 749, note J. Hamel.

Civ. 2e, 9 déc. 1981, *Fougerolle c/ Banque du Proche- Orient*.

Cass. civ., 22 oct. 1991, *Valenciana Bull. civ. I*, n° 275, *JDI* 1992, p. 176, note Goldman B.

Civ. 1ère, 19 nov. 1991, *Grands Moulins de Strasbourg*, *Rev. arb.*, 1992. 76, note Idot L.

Paris, 30 sept. 1993, *Westman*, *Rev. arb.*, 1994. 359, note Bureau D.

CA Paris, 27 oct. 1994, *LTDC c/ Sté Reynolds*, *Rev. arb.*, 1994. 709.

CE, sect., 23 avr. 1997, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés, ° 163043.

Civ. 1re, 25 janv. 2000, *Rev. crit. DIP*, 2000. 737, note Jacquet J.-M.

Civ. 2, 15 février 2001, *Halbout c/ Epx Hanin*.

Paris, 29 mars 2001, *Rev. arb.* 2001. 543, note Bureau D.

Paris, 14 juin 2001, *Tradigrain*, *Rev. arb.*, 2001. 773, note Seraglini C.

Paris, 22 janv. 2004, *Rev. arb.* 2004. 647, note Loquin E.

Paris, 2 juin 2004, *Cineco*, *Rev. arb.* 2005. 673, 2e esp., note Racine J.-B.

Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*, *Rev. arb.*, 2005. 751 ; *JDI* 2005. 357, note Mourre A.

Civ. 1ère, 4 juin 2008, *Rev. arb.*, 2008. 473, note Fadlallah I.

Paris, 22 oct. 2009, *Linde*, *Rev. arb.*, 2010. 124, note Train F.-X.

Paris, *Schneider*, 10 sept. 2009, *Rev. arb.*, 2010. 548, note Delanoy L.-C.

TGI Paris (réf.), 22 janv. 2010, *Rev. arb.*, 2010. 571, note Racine J.-B.

CE, Ass., 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, publié au recueil Lebon, n° 322326.

Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, P+ B+ R+ I.

Arrêt de la Cour suprême du 26 juin 2014 *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*.

CCI, 26 oct. 1979, Norsolor.

CJUE 6 mars 2018, aff. C-284/16, *AJDA*, 2018. 1026, chron. Bonneville P., Broussy E., Cassagnabère H. et Gänsler C.

*Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. 2 Pet. 253 253, 1829.

C.P.J.I., Affaire dite du Lotus, Rec. Série A, n° 10, 7 septembre 1927.

Sentence arbitrale Iles de Palmas, Etats-Unis c. Pays-Bas, La Haye, 1928.

C.I.J., *Detroit de Corfou*, Rec., 1949.

*IIT v. Vencap LTD*, 519 F. 2d 1001 (2d Cir. 1975).

*Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

*Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984), (Edwards, J., concurring).

Case N ° 7615 (Brazil), Inter-Am Comm HR, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1984-1985, Doc off OEA/Ser.L/V/II.66 Doc. 10 rev. 1, 1985.

*Guinto v. Marcos*, 654 F.Supp. 276 (S.D. Cal. 1986).

*Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987).

Cour IDH, Velázquez Rodriguez c. Honduras, jugement sur le fond, 29 juillet 1988, Séries C n ° 4.

*Carmichael et al. v. United Technologies Corp. et al*, 835 F. 2d 109 (5th Cir. 1988).

*Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989).

*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, 3 R.C.S. 1077, 1990.

*Amlon Metals, Inc. v. FMC Corp.*, 775 F. Supp. 668 (S.D.N.Y. 1991).

*Aguinda v. Texaco, Inc*, No 93 Civ. 7527 (VLB), 1994 U.S. District LEXIS 4718 (S.D.N.Y. Apr. 11, 1994).

*Delgado v. Shell Oil Co.*, 890 F.Supp. 1324, 1359-60 (S.D.Tex. 1995).

*Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995).

*Hamid v. Price Waterhouse*, 51 F. 3d 1411 (9th Cir. 1995).

*Doe v. Unocal*, No 96-6959 LGB (CD. Cal.), 3 octobre 1996.

*WarnerVision Entm't Inc. v. Empire of Carolina, Inc.*, 101 F.3d 259, 261-262 (2d Cir.1996).

*Aguinda v. Texaco, Inc.*, (S.D.N.Y. 1996).

*John Doe I v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. 880 (CD Cal. 1997).

*National Coalition Govt of the Union of Burma v. Unocal, Inc.*, 176 F.R.D. 329 (CD. Cal. 1997).

*Ciba-Geigy Ltd. c. Fish Peddler, Inc.*, 691 So.2d 1111, 1117 (Fla.Dist.Ct.App. 1997).

*Jota v. Texaco Inc.*, 157 F.3d 153 (2d Cir. 1998).

*Beanal v. Freeport-Mc Moran, Inc.*, 197 F. 3d 161 (5th Cir. 1999).

*Brenntag Int'l Chems., Inc. v. Bank of India*, 175 F.3d 245, 249 (2d Cir.1999).

*Iwanowa et al. v. Ford Motor Company et al.*, 67 F. Supp. 2d 424 (D.N.J. 1999).

*Bowoto et al. v. Chevron et al.*, No C99-2506 CAL (N.D. Cal. 1999).

*Lubbe v. Cape Plc*, 2000, UKHL 41.

*Tamuasi v. Rio Tinto, pic*, n ° 00 CV-3208 (N.D. Cal. Filed Sept. 6, 2000).

*Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F. 3d 88 (2nd Cir. 2000).

*Bigio v. Coca-Cola*, No 989058, 239 F.3d 440 (2nd Cir. 2000).

InRe WWII Era Japanese Forced Labor Litigation (I), 164 F Supp. 2d 1160 (N.D. Cal. 2001).

In Re WW II Era Japanese Forced Labor Litigation (II), 164 F. Supp. 2d 1153 (N.D. Cal. 2001).

*United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, décision du 17 octobre 2001.

*Abrams v. Société Nationale des Chemins de fer français* (E.D.N.Y. 2001), 00-CV-5326.

*Methanex Corp. v. United States of America*, décision du 15 janvier 2001.

*Aguinda v. Texaco, Inc.*, 142 F. Supp. 2d 534 (S.D.N.Y. 2001).

*Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F. 3d 470 (2nd Cir. 2002).

In Re South African Apartheid Litigation, 02 MDL 1499 (S.D.N.Y 2002).

*Doe I v. Unocal Corporation*, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, 18 septembre 2002, ILM, 2002.

*The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy, Inc. et al.*, 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. March 19, 2003).

*Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia* ICSID Case No. ARB/02/3, 2003.

*Sosa v. Alvarez Machain*, 542 U.S. 692, 2004.

CIRDI, *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, n ° ARB/00/7 du 4 oct. 2006

*Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5, 2nd Feb. 2007.

*Chevron Corp. and Texaco Petroleum Corp. v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23.

*Chevron Corp. v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL Arbitration, Partial Award on the Merits, Mar. 31 2010.

*Burlington Resources Inc. c. la République de l'Équateur*, ICSID n° ARB/08/5, 2010.

*Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F. Supp. 2d 581, S.D.N.Y. 2011.

ICC case no. 17176, 10 March 2011.

Corte Provincial de Justicia Sucumbios. Juicio No. 2003-0002. 14 de febrero del 2011.

Corte Provincial de Justicia de Sucumbios. Juicio No. 2011-0106. 3 de enero del 2012.

*Chevron Corp. v. Naranjo*, 667 F.3d 232, 243, 2d Cir. 2012.

*Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. No. 10-1491 S. Ct., 2013.

Hudbay, 2013 ONSC 1414.

Civ. 0691 (LAK) UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, March 2014.

*Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, Supreme Court of Canada.

*Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, No. 13-7103, (D.C.Cir. August 4, 2015).

Rapport n° 2811 de 2015. Sentence étrangère contestée N. 8.542/EC – CORTE ESPECIAL. Brasilia, DF, 11 mai 2015.

*Urbaser SA et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ Argentine*, ICSID Case No. ARB/07/26., sentence, 8 décembre 2016.

*The Republic of Ecuador v. Chevron Corp. and Texaco Petroleum Corp.*, District Court of the Hague, C/09/477457 / HA ZA 14-1291, 2016.

*Yaiguaje v. Chevron Corporation*, 2017 ONCA 741, Court of Appeal for Ontario, January 2017.

*Aguinda Salazar Marie y Otros v. Chevron Corporation s./ Exequatur y Reconocimiento de Sentencia Extr. 97260/2012*, 2017, 31 de octubre.

”Bangladesh accord arbitration”, Cour Permanente d’arbitrage, The Hague, 2017, <https://pca-cases.com/web/sendAttach/2238>.

*Jesner v. Arab Bank, PLC*, 584 U. S., 2018.

*Yaiguaje v. Chevron Corporation*, 2018 ONCA 472, May 23, 2018, Court of Appeal for Ontario.

## Revues et Journaux

Abadie P., « Le devoir de vigilance des sociétés mères : responsabilisation actuelle, responsabilités à venir », *Gaz. Pal.*, 6 Juin 2016, n° Hors-série, Actes du Colloque de Deauville « Les devoirs des actionnaires », p. 55.

Aceves W. J., "US District Court Ruling in Action by Burmese Farmers for Human Rights Violations Against their Persons and Property", *AJIL*, 1998, pp. 309-314.

Angué K., Mayrhofer U., "Coopérations internationales en R&D : les effets de la distance sur le choix du pays des partenaires", *Management*, Vol. 13, n° 1, 2010, p. 1-37.

Aynès L., « Moins de règles et plus de principes ? Le nouveau rôle du juge », *Rev. Jurisprudence commerciale*, mars/avril 2017, n° 2, p. 174.

Bergé J.S., "Legal Application, Global Legal Pluralism and Hierarchies of Norms", in *European Journal of Legal Studies*, Volume 4, Issue 2 Autumn/Winter, 2011, p. 243.

Ben Hamida W., « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développements dans le droit des investissements », *JDI*, 2008. 999.

Bergé J.-S., "Implementation of the Law, Global Legal Pluralism and Hierarchy of Norms", *European Journal of Legal Studies*, Vol. 4, n° 1, 2011, pp. 241-263.

Block B. G., "Arbitrage et changements du prix de l'énergie : examen des sentences CCI au regard des clauses de force majeure, d'indexation, d'adaptation, de *hardship* et de *take-or-pay*", Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI - Vol. 20/2 – 2009, p. 59.

Bouthinon-Dumas H., Le traitement médiatique des affaires de délits d'initiés, *Revue internationale de droit économique*, Vol. t. XXVI, n° 2, 2012, pp. 133-160.

Brand R. A., Jablonski S. R., Forum Non Conveniens : History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements, *Oxford University Press*, 2007, 358 p

Breed L. M., "Regulating Our 21st-century Ambassadors : A New Approach to Corporate Liability for Human Rights Violations Abroad", *VJIL*, 2002, pp. 1005-1036.

Carpentier C., « Sociétés mères et droit de l'environnement », *Revue Droit des Affaires*,

Lamy, 2012, p.79.

Cazala J., "La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents", *Journal du droit international*, 2017, n° 1, pp. 81-98.

Clavel S., Anti-suit injunctions et arbitrage, *Rev. arb.*, 2001, p. 669 et s.

Danet D., Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires, *Revue internationale d'intelligence économique*, Vol. 2, n° 2, 2010, pp. 251-262.

De Vareilles-Sommières P., « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for (remarques en marge des solutions françaises envisagées sous le rapport de l'ordre public substantiel) », *Journal du droit international*, *Clunet* n° 3, Juillet 2014, doct. p. 12.

Delaume G. R., "Le Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *JDI*, 1978, pp. 187-207.

Derains Y., "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international", *Rev. arb.* 1986. 375.

Dupret B., Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique, *Droit et Société*, 2010, p. 315.

El Boudouhi S., « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, 2005. 542.

Evans J., Mavond F.T., Psychic Distance and Organizational Performance : An Empirical Examination of International Retailing Operations, *Journal of International Business Studies*, Vol. 33, n° 3, 2002, p. 515-532.

Flauss J.-F., "Observations sous CEDH, Al Adsani c. Royaume-Uni, Grande Chambre", 21 novembre 2001, *RTDH*, 2002, p. 171.

Fontaine M., "L'originalité des clauses négociées dans les contrats internationaux", *Journ. sociétés*, juin 2009. 28.

Foster V., Butterfield W., Chen C., Pushak N., Building Bridges : China 's Growing Role as Infrastructure Financier for Sub-Saharan Africa, *Trends and policy options* [en ligne], 2008, n° 5. Washington, DC : World Bank, 143 p.

Fouchard V. P., "La Loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international", *JDI*, 1987. 861.

Fouquet M., Lhuillier G., Meier O., " Les choix stratégiques dans les contrats extractifs

internationaux ”, *Management international*, Vol. 22, 2018, p. 5.

Frydman B., Hennebel L., ”Le contentieux transnational des droits de l’homme : une perspective stratégique”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2009, p. 73.

Gaillard E., Banifatemi Y., ”The meaning of “and” in Article 42(1), second sentence, of the Washington Convention : The role of international law in the ICSID choice of law process”, *ICSID Review*, 2004, p. 375.

Gaillard E. ”Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l’arbitrage international”, *JDI*, 2007.1163, n ° 4.

Gaillard E., L’ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité ,*Mac Gill Law Journal*, 55, 2010, p. 891.

Ghemawat P., ”Distance Still Matters. The Hard Reality of Global Expansion” , *Harvard Business Review*, Vol. 79, n ° 9, 2001, p. 137-147.

Ghestin J., ”La notion de contrat”, *D.* 1990, n ° 12, p. 7, spéc. p. 24.

Goode R., ” *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial arbitration*”, *Arb. Int.* 2001, vol. 17, p. 17, spéc. p. 28 et s.

Guillaume G., ”Le précédent dans la justice et l’arbitrage international”, *JDI*, 2010, p. 685.

Grosbon S., « Observations finales du CODESC sur le 4ème rapport périodique de la France : Morceaux choisis », *La Revue des droits de l’homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 19 juillet 2016.

Grossman D. A., « Warming up to a not so radical idea : tort-based climate change litigation, *Columbia journal of environmental law*, vol.28, p. 44.

Hannoun C., « Environnement et Développement Durable », *Environnement* n ° 6, juin 2009, dossier 7.

Herz R. L., ”Litigating Environmental Abuses under the Alien Tort Claims Act : a Pratical Assessment”, *VJIL*, 2000, pp. 545-638.

Hofstede G., ”Motivation, leadership, and organization : Do American theories apply abroad? ”, *Organizational Dynamics*, Vol. 9, n ° 1, 1980, pp. 42-63.

Huglo C., Jeannel R., « Le rôle du juge national dans l’établissement d’une justice climatique mondiale : défi et perspectives », *Journal spécial des sociétés*, juin 2018, n ° 45, p. 4.

- Jansson J., "Views from the 'periphery'. The manifold reflections of China's rise in the DR Congo", in X. Li and S.F. Christensen (éd.), *The rise of China. The impact on semi-periphery and periphery countries*, Aalborg University Press, 2012, pp. 173-203.
- Johanson J., Wiedersheim-Paul F., "The Internationalization of the Firm — Four Swedish Cases", *Journal of Management Studies*, Vol. 12, n° 3, 1975, p. 305-322.
- Johanson J., Vahlne J.-E., "Process of the the Internationalization Development Firm-a Model of Know-ledge Foreign and Increasing Market Commitments" , *Journal of International Business Studies*, Vol. 8, n° 1, 1977, p. 23-32.
- Kahn Ph., "Vers l'institutionnalisation de la lex mercatoria. A propos des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international", in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruylant, 1998, p. 132.
- Kamto M., "La notion de contrat d'Etat : une contribution au débat", *Rev. arb.* 2003.719.
- Kaufman G., "Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation", *Rev. Arb.* 1999, p.517.
- Kinley D., and Chambers R., « The UN Human Rights Norms for Corporations : The Private Implications of Public International Law », *Human Rights Law Review*, 2006 Vol. 3, p. 20.
- Kysar D. A., « What Climate Change Can Do About Tort Law », *Environmental Law*, vol. 41.1, 2011, p. 2.
- Koering-Joulin R. et Huet A., Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, *Jurisclasseur droit international*, n° 6, fasc. 403-20, 1995, n° 73, p. 16.
- Koh H.H., "The 1994 Roscoe Pound Lecture : Transnational Legal Process", *Nebraska Law Review*, Vol. 75, 1996, n° 1.
- Koskeniemi M., Lein P. « Fragmentation of International Law ? Postmodern Anxieties », *Leiden Journal of International Law*, Cambridge University Press, Volume 15, Issue 03, September 2002, p. 553.
- Kostova T., "Country institutional profiles : Concept and Measurement", *Academy of Management Proceedings*, Vol. 1, 1997, p. 180-184.
- Koven Levit J., « Bottom-Up International Lawmaking Reflections on the New Haven School of International Law », *The Yale Journal of International Law*, Vol. 30, 2005.
- Kunstle D. P., « Do Private Individuals Have Enforceable Rights and Obligations under the Alien Tort Claims Act ? », *Duke JCIL*, 1996, pp. 319-346.

Kysar D. A., « What Climate Change Can Do About Tort Law », *Environmental Law*, vol. 41.1, 2011, p. 2.

Lado H., Renouard C., « RSE et justice sociale : le cas des multinationales pétrolières dans le Delta du Niger », *Afrique et Développement*, Vol.XXXVII, No.2, 2012, p. 167.

Laine A., "De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères", *JDI*, 1899.641.

Lalivé J.-F., "Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et des sociétés privées étrangères (Arbitrage *Texaco/Calasiatic c/ Gouvernement libyen*)", *JDI* 1977.319.

Lambert L., "At the Crossroads of Environmental and Human Rights Standards : *Aguinda v. Texaco, Inc., Using the Alien Tort Claims Act to Hold Multinational Corporate Violators of International Laws Accountable in U.S Courts*", *JTLP*, 2000, pp. 109-132, spec. pp. 121 et s.

Le Gall A. J-P, "Fiscalité et arbitrage", *Rev. arb.*, 1994, p. 3 et s. et 253 et s., spéc., pp. 24-28.

Leben C., "L'évolution de la notion de contrat d'Etat", *Rev. arb.*, 2003.629.

Lemaire S., "Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, les demandes reconventionnelles de l'État", *Revue de l'arbitrage*, 2017, 2, pp. 682-698.

Lestrade E., "Company Law Shopping and the Regulation of Companies in the European", in *Union European Newsletter*, January 4, 2009, Vol. 2, 2009.

Lhuillier G., "La rédaction des contrats extractifs", *International Business Law Journal*, 2015.

Lhuillier G., *Minerais de guerre. Une nouvelle théorie de la mondialisation du droit*, *Droit et Société*, 2016, pp.117-135.

Loncle J.-M., Philibert-Pollez D., "Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement", *RD aff. int.*, 2009. 269.

Loquin E., "A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage", *Cahiers de l'arbitrage*, 2008/2, p. 5.

Makowiak J., « « Et en même temps » », *Revue juridique de l'environnement*, vol. volume 43, no. 2, 2018, p. 219.

Malan A., "L'introuvable critère du contrôle de l'ordre public par le juge de l'exequatur des sentences arbitrales (ou les suites de l'arrêt Thalès)", *Petites affiches*, 26 mars 2009 n° 61, p.8.

- Martin T. , J. Park, "Global petroleum industry model contracts revisited : higher, faster, stronger", in *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 3, n ° 1, Oxford University Press, 2010.
- Mathey E., "La société européenne : Les atouts du droit français face au "law shopping" européen", in *Fondation robert Schuman, Questions d'Europe*, 11 juillet 2005.
- Maulin E., "L'irréductibilité de la souveraineté territoriale" , *L'Europe en Formation*, 2013/2, n ° 368, pp. 11-20.
- Mayer P., "La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État", *JDI*, 1986.5.
- Mayer P., "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *Rev. arb.*, 1994., p. 615.
- McDougal M. S., *International Law and the Future*, 50 *Miss. L. J.* 259, 281, 1979.
- Meier O., Meschi P.-X., Approche intégrée ou partielle de l'internationalisation des firmes : les modèles Uppsala (1977 et 2009) face à l'approche "International New Ventures" et aux théories de la firme, *Management international*, Vol.15, n ° 1, 2010, p. 11-18.
- Métais E., Véry P., Hourquet P.-G., "Le paradigme d'Uppsala : la distance géographique et l'effet de réseau comme déterminants des décisions d'acquisitions internationales (1990-2009)", *Management international*, Vol. 15, n ° 1, 2010, p. 47.
- Moitry J.-H., « Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la lex mercatoria ? », *Rev. arb.* 1989. 3.
- Michaels R., *Dreaming law without a state : scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature* , *London Review of International Law*, Volume 1, Issue 1, 2013, p.35.
- Montembault B., "La stabilisation des contrats d'État à travers l'exemple des contrats pétroliers" , *RDAI/IBLJ*, n ° 6, 2003, p. 615.
- Mucchielli A., " Les processus intellectuels fondamentaux sous-jacents aux techniques et méthodes qualitatives ", *Recherches qualitatives*, 2007, n ° 3, p. 1-27.
- Muir Watt H., La fonction économique du droit international privé , *Revue internationale de droit économique*, Vol. t. XXIV, 1, ° 1, 2010, pp. 103-121.
- Murphy J. F., "Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution", *Harv. HRJ*, 1999, pp. 1-56.
- Neyret L., « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale »,

*Recueil Dalloz*, Dalloz, 2010, p. 2235.

Nottage L., *The Procedural Lex Mercatoria : The past, Present and Future of International Commercial Arbitration*, *Sydney Law School Research Paper*, n° 06/51, 2006, p.5.

Osofsky H. M., "Environmental Human Rights under the Alien Tort Statute : Redress for Indigenous Victims of Multinational Corporations", *Suffold Transnational Law Review*, 1997, pp. 335-396.

Parance B., "La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre", *Gaz. Pal.* 2017, n° 15, p. 16.

Parance B., Groulx E., "Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care", *JDI*, Janvier-Février-Mars 2018.

Parance B., Groulx E., "La déclaration de performance extra-financière, nouvelle ambition du reporting extra-financier", *JCP E*, 2018, 1128.

Park W.W., "The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration", *International & Comparative Law Quarterly*, 1983.21, spéc. p. 22 et s.

Parkhe A., "Interfirm diversity, organizational learning, and longevity in global strategic alliances", *Journal of International Business Studies*, Vol. 4, 1991, p. 579-601.

Paulsson J., "Arbitration Unbound : Award Detached from the Law of its Country of Origin", *International & Comparative Law Quarterly*, 1981.359.

Paust J. J., "Human Rights Responsibilities of Private Corporations", *Vanderb. JTL*, 2002, pp. 801- 825.

Racine J.-B., "La contribution de l'ordre public européen à l'élaboration d'un ordre public transnational en droit de l'arbitrage", *RAE*, 2005/2.227.

Radicati Di Brozolo L., « A propos de l'arrêt de la cour d'appel de paris du 18 novembre 2004, l'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international », *Rev. arb.* 2005, p. 543.

Radicati di Brozolo L.G., "L'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)", *Rev. arb.*, 2005. 529.

Radon J., « The ABCs of Petroleum Contracts : License-Concession Agreements, Joint-Ventures, and Production-sharing Agreements » in Tsalik S., Schiffrin A. (eds.), *Covering Oil : A Reporter's Guide to Energy and Development*, Open Society Institute, 2005, p.71.

Reisman W. M., "The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application" *TDM* 3, 2005, pp. 28-29.

Rontchevsky N., « Réparation du préjudice des actionnaires victimes de manipulations ou de tromperies en matière financière : des *foreign-cubed class actions* à une action de groupe à la française? », *RTD Com.*, 2011, p. 753.

Ruggie J., Sherman J., "Adding Human Rights Punch to the New Lex mercatoria : The Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice", *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, 6, 455-461.

Sacharoff A. K., "Multinationals in Host Countries : Can they be held liable under the Alien Tort Claims Act for Human Rights Violations?", *Brooklyn Journal of International Law*, 1998, pp. 927-964.

Segan J., "Applicable Law 'Shopping'? Rome II and Private Antitrust Enforcement in the EU", in *Comp. L. J.* 7(3), 2008, p. 251

Seraglini Ch., "L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation)", *Gazette du Palais*, 22 octobre 2005 n° 295, p.5.

Seraglini Ch., "Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités", *Gazette du Palais*, 21 mars 2009, n° 80, p.5.

Stake R.E., *The Art of Case Study Research*, Sage, 1995 ;

Train F.-X. et Jobard-Bachelier M.-N., « Ordre public international. Notion d'ordre public en droit international privé », *Jurisclasseur Dr. int.*, Fasc. 534-1., 2008.

Twining W., "Taking Facts Seriously—Again", *Journal of Legal Education*, Vol. 55, n° 3, 2005, pp. 360-380.

Ullrich H., "La mondialisation du droit économique : Vers un nouvel ordre public économique". Rapport introductif, *Revue Internationale de Droit Economique*, Vol. 17, n° 3, 2003, p. 291-311.

Viney G., Danis-Fatôme A., "La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mère et des entreprises donneuses d'ordre", *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 1610.

Wallerstein I., *The modern World System I : Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, New York : Academic Press, 1974,

pp. 229-233.

Warusfel B., "L'intelligence juridique : une nouvelle approche pour les praticiens du Droit", *Le Monde du Droit* 1 - 15 avril, Vol. 43, 2010, pp. 1-5.

Yin R.K., "Case study research design and methods third edition?", *Applied social research methods series*, 2003.

## Sitographie

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/autonomie/6779>

[http://www.film-documentaire.fr/4DACTION/w\\_fiche\\_film/34734\\_1](http://www.film-documentaire.fr/4DACTION/w_fiche_film/34734_1)

<https://www.novethic.fr/actualite/environnement/climat/isr-rse/le-pacte-mondial-de-l-environnement-tue-dans-l-uf-147345.html>

[http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9)

<https://www.ohchr.org/EN/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>

[https://www.oecd.org/daf/inv/mne/EasytoUseGuide\\_French.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/mne/EasytoUseGuide_French.pdf)

## Conventions

Civ., art. 2.

Civ., art. 1102.

C. proc. civ., art. 1511, al. 1

Art. 1514 et 1523 C.P.C.

C. pénal, art. 121-3 al. 2.

Alien Tort Claims Act (ATCA), 28 USC § 1350.

Traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de New York, 10 juin 1958.

Convention de Washington, 1965.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Assemblée générale des Nations unies, 3 janvier 1976.

Convention de Vienne sur les contrats de Vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

Loi-type CNUDI sur l'arbitrage commercial international, 1985.

Loi sur l'exécution réciproque de jugements [Royaume-Uni], L.R.O. 1990, chap. R.6.

Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 27 Août 1993.

Traité sur la Charte européenne de l'énergie, 17 décembre 1994.

Accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et Singapour, du 6 mai 2003.

Accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et la République du Chili du 6 juin 2003.

Article 4.3 Règlement (CE) n ° 593/2008 du 17 juin 2008.

Article 9 # 3 Règlement (CE) n ° 593/2008 du 17 juin 2008.

Art.27 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007.

Contrat DRC, Caprikat, Foxwhelp – Graben Albertine (Blocks I and II) – PSC - 2010.

*The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub. L. No. 111-203, § 929-Z, 124 Stat. 1376, 1871 (2010) (codified at 15 U.S.C. § 78o).

Debt relief (Developing Countries) Act 2010.

UK Bribery Act, 2010.

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, révisé en 2010, est entré en vigueur le 15 août 2010.

Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, I.C.J., 28 septembre 2011.

Règlement (UE) n ° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte).

Loi sur l'exécution forcée des jugements pécuniaires, LN-B 2013, c 23.

Accord signé entre la communauté Achuar et Occidental Petroleum en mars 2015.

Loi belge relative à la lutte contre les fonds vautours du 12 juillet 2015, n ° 2008015073.

Loi Sapin II ° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Loi n ° 2017-399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres.

CJUE 30 avr. 2019, avis 1/17.

Article 169 de la loi n ° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

**Titre :** La notion de choix de la loi entre droit et management : Application aux contrats et contentieux extractifs

**Mots clés :** contrat international ; loi ; droit international ; arbitrage ; ordre public

**Résumé :** Le droit des contrats internationaux est un champ du droit international concrétisant une relation particulière entre États, acteurs de l'ordre international public, et investisseurs, acteurs de l'ordre international privé, dont les contours et les évolutions ont été déterminés par les mutations de l'ordre économique international. Doctrines et pratiques des professionnels du droit et de la théorie du commerce international ont en effet largement contribué à la structuration de ce champ du droit à la frontière du droit international public et du droit international privé. Le droit international privé, à travers ses règles de conflit de loi et le principe d'autonomie étudié depuis longtemps la question du choix de la loi. Mais aujourd'hui au sein de cet espace normatif, traversé de pratiques et d'usages juridiques diversifiés un renversement de paradigme semble émerger. En effet, aujourd'hui le droit international n'est plus seulement constitué des règles de droit des Etats et des organisations internationales, c'est le droit choisi par les praticiens du droit international qui participe à la construction de cet espace normatif.

L'objet de ce projet de recherche est ainsi d'étudier les choix dans les contrats internationaux, à travers

l'étude des contrats extractifs, contrats où par excellence se pose cette problématique.

Cette question du choix de la loi est depuis longtemps étudiée en droit international privé, notamment à travers le principe d'autonomie. Cependant, aujourd'hui, d'autres champs du droit doivent être analysés. Le droit des affaires, le droit des investissements, le droit social, par exemple, constituent ce droit transnational qui semble aujourd'hui être un cadre d'analyse plus adapté.

Une approche par la pratique, par l'étude des cas, a été suivie afin de mieux comprendre l'articulation entre la stratégie internationale des firmes et les stratégies et pratiques juridiques suivies. Cette approche originale par les sciences juridiques et les sciences de gestion permet également une lecture plus globale et adaptée aux problématiques actuelles du droit des contrats internationaux qui évoluent dans un environnement complexe et mondialisé.

Cet angle d'étude des contrats internationaux contribue à une analyse qui prend en compte l'ensemble des parties prenantes d'un contrat, à la lumière du droit positif.

**Title :** The choice of law between law and management : Application to contracts and extractive litigation

**Keywords :** international contract ; law ; international law ; arbitration ; public order

**Abstract :** International contract law is a field of international law that embodies a particular relationship between States, actors of public international order, and investors, actors of private international order, whose contours and developments have been determined by changes in international economic order. Doctrines and practices of legal professionals and international trade theory have indeed largely contributed to the structuring of this field of law at the border between public international law and private international law. Private international law, through its conflict of law rules and the principle of autonomy, has long studied the question of choice of law. But today, within this normative space, crossed by diverse legal practices and uses, a paradigm reversal seems to emerge. Indeed, today international law is no longer only made up of the rules of law of States and international organizations, it is the law chosen by practitioners of international law that participates in the construction of this normative space. The object of this research project is thus to study

the choices in international contracts, through the study of extractive contracts, contracts where par excellence this issue arises.

This question of choice of law has long been studied in private international law, notably through the principle of autonomy. However, today other fields of law need to be analyzed. Business law, investment law, social law, for example, constitute this transnational law which seems today to be a more suitable framework for analysis.

A practice-based approach, through the study of cases, was followed in order to better understand the articulation between the international strategy of firms and the legal strategies and practices followed. This original approach by legal and management sciences also allows a more global reading and adapted to current issues of international contract law which evolve in a complex and globalized environment.

This angle of study of international contracts contributes to an analysis that takes into account all the parties involved in a contract, in the light of positive law.